ENRIQUE R. AFTALIÓN JOSÉ VILANOVA JULIO RAFFO



INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Tercera Parte

SISTEMÁTICA

TEORÍA GENERAL

TEORÍA GENERAL

INTRODUCCIÓN

En la Introducción a la Primera Parte de este libro hemos caracterizado al Derecho, en forma provisional, como un sistema de control social. Pero ya en esa ocasión advertimos que tendríamos que rectificar ese primer enfoque, cosa que ya empezamos a hacer cuando tuvimos que precisar la nota de coercibilidad que se atribuye sin discrepancias a dicho sistema. Advertimos entonces que la coerción se funda en un dato más básico: que un agente puede impedir la conducta de otro.

En esta parte sistemática, sin perjuicio de exponer teorías ajenas, desarrollamos las propias que podrían caracterizarse globalmente como un *iuspositivismo realista valorativo*. Comenzamos por una descripción de la conducta misma y llegamos a deslindar, por la nota ya mencionada de la *impedibilidad*, el aspecto jurídico de la misma. Seguimos con las normas jurídicas y con el conjunto de ellas que suele llamarse "ordenamiento jurídico". Aquí tienen su fundamento necesario los denominados conceptos jurídicos fundamentales: deber jurídico, transgresión, sanción, etcétera. Entre ellos destaca el *derecho subjetivo* al que dedicamos un capítulo. Luego mostramos la conexión del tema de la positividad del Derecho con las denominadas *fuentes*, y seguimos dedicando tres capítulos al tema de las fuentes. El capítulo siguiente está dedicado a la Justicia y, en general, a los valores jurídicos. Finalmente cerramos esta parte con un capítulo dedicado al método jurídico y la interpretación, tema en el que confluyen previamente todos los tratados, pues la interpretación tiene en cuenta las fuentes, los valores y la sistemática —que también integra el método jurídico—, pero en la que gravitan particularmente los temas del ordenamiento y sus normas.

CAPÍTULO 12

EL DERECHO COMO CONDUCTA. ONTOLOGÍA JURÍDICA

CAPÍTULO 12

EL DERECHO COMO CONDUCTA. ONTOLOGÍA JURÍDICA

12.1. LA LIBERTAD

12.1.1. Introducción

Tratamos aquí de contestar la pregunta ¿qué es el Derecho? Es obvio que el Derecho tiene que ver con la conducta de los hombres. Y es obvio también que el Derecho tiene que ver con normas (más específicamente: las normas jurídicas). Pero enseguida comienzan las dificultades, pues la respuesta por el ser del Derecho nos plantea, de entrada, la siguiente alternativa: ¿es el Derecho norma (o conjunto de normas), o es el Derecho conducta? Esta disyuntiva fundamental separaría a las dos grandes corrientes iusfilosóficas: las normativistas (o racionalistas) y las realistas. Pero la cosa no es tan sencilla. Pues bien se puede ser normativista pero ver en la norma no una entidad más o menos abstracta —como sería la significación o el sentido de un enunciado normativo—, sino un cierto tipo de hechos sociales —las "directivas" de Ross, por ejemplo—, y entonces se puede ser normativista y, no obstante, realista. Todavía la cosa se complica cuando, advirtiendo que el Derecho también tiene que ver con el valor Justicia y/o con otros valores —p. ej., paz, orden— advertimos que estamos frente a una trisyuntiva. Ya hemos visto una combinación de normativismo y realismo con Ross. Múltiples combinaciones son, efectivamente, posibles, y muchas se han dado en las corrientes iusfilosóficas. Recorren una gama variada del espectro posible: desde las que se atienen a un solo aspecto y desarrollan con la mayor coherencia posible todas las consecuencias del mismo —como el normativismo racionalista de un Kelsen, p. ej.— hasta las que tratan de unificar en la definición los distintos aspectos que presenta el Derecho, como el trialismo y/o el tridimensionalismo que lo concibe como hecho, valor y norma.

Nosotros, siguiendo en esto a Cossio, concebimos al Derecho como conducta humana y a ésta como libre. Los dos aspectos restantes que in-

volucra el Derecho, la norma y el valor deberán, en su momento, ser fundados en su ser ontológico que es, según nuestro punto de vista, repetimos, la conducta. Este último punto, las relaciones entre la libertad, la normación y el valor, lo hemos desarrollado en el Apéndice II de *Elementos de Filosofía del Derecho,* citado. Aquí procederemos solamente a plantear el tema de la libertad y a describir, en forma más bien didáctica, la forma en que la libertad se da en el hombre.

Como introducción al tema baste esta noción elemental: *toda norma supone la libertad en el destinatario de la misma.* La libertad es, pues, el supuesto de toda normación. La filosofía del Derecho, en tarea de elucidar los supuestos de la ciencia jurídica, no puede detenerse ante este último supuesto. Su misión es ponerlo de manifiesto, por más ardua que sea dicha tarea. En la historia de la filosofía el punto ha sido destacado por Kant al conferir a la libertad el *status* de *"postulado"* de la razón práctica. Pero no es menester remontarnos a ningún antecedente filosófico o a ningún sistema de pensamiento (con el que es lícito discrepar), ya que el punto es de evidencia de sentido común, como lo pondrán de manifiesto los siguientes ejemplos:

Supongamos que alguien llega a su casa de noche y tropieza con un mueble y, a renglón seguido, le emite al mueble la orden de no colocarse más en su camino. Estaremos todos de acuerdo en que este hombre no está en su sano juicio. Variemos un poco el ejemplo, y supongamos que el amo regresa a su casa y tropieza con su perro que está cruzado a la entrada de un pasillo. Si con voz adecuada y ademanes que hagan más comprensible su lenguaje, el amo de nuestro ejemplo reta al perro por haberse cruzado en ese lugar y, a renglón seguido, siempre usando un lenguaje inteligible para el animal, le da la orden de no volver a hacerlo, ya no diremos que el caballero de nuestro ejemplo está loco, y hasta es muy posible que el perro lo entienda y le obedezca. Variemos nuevamente nuestro ejemplo y supongamos que el dueño de casa encuentra a su mucama maniatada y amordazada, después de un asalto, y que le da la orden de cerrar un cajón que los ladrones dejaron abierto. Si el dueño de casa hace tal cosa sin librar previamente a su mucama de sus ataduras, diremos nuevamente que su conducta es irracional, porque aunque la mucama entienda perfectamente lo que él le dice no puede ejecutar el acto que se le ordena, no es libre de hacerlo, por el hecho de encontrarse maniatada.

Con los ejemplos precedentes se ha puesto de manifiesto que todo mandar u ordenar supone en el sujeto destinatario del mismo: 1) cierta capacidad de comprensión del contenido del mensaje lingüístico, pero, y sobre todo, 2) *la libertad* para hacer o no hacer la acción ordenada. Estos supuestos valen para todo uso prescriptivo o directivo del lenguaje tales

como suplicar, rogar, sugerir, recomendar, solicitar, pedir, etcétera. En un uso prescriptivo del lenguaje tienen su origen más frecuente las normas jurídicas, y de aquí que muchos autores hayan pretendido reducir el estudio de las normas a tales usos lingüísticos. Pero existen también en el Derecho las normas consuetudinarias cuyo origen no puede remitirse al uso prescriptivo del lenguaje. Por otra parte, las normas jurídicas no son más que una de las tantas especies de normas que rigen en un grupo humano en un lugar y en un tiempo dado. Muchas de estas normas —como, p. ej., las concernientes a la moda— no tienen, obviamente, origen en ningún uso del lenguaje. Si bien no cabe desconocer la importancia de la comprensión de un mensaje lingüístico por parte del sujeto cuya conducta es objeto de una norma, conviene, por consiguiente destacar que hay un único y exclusivo supuesto de toda normatividad: *la libertad del sujeto cuya conducta es objeto de la normación.*

Volvemos a nuestro punto inicial: la libertad es el supuesto de toda normación. La filosofía del Derecho debe encarar este supuesto y hacerlo patente en la libertad que se da en la conducta del hombre, ya que, como hemos visto, el Derecho tiene que ver con la conducta de los seres humanos.

12.1.2. Determinismo e indeterminismo

Decimos que en un proceso no hay libertad cuando los estadios anteriores en el tiempo determinan en forma total y absoluta lo que va ocurriendo en los estadios posteriores. Tenemos en el fluir de los acontecimientos un tiempo T (T_0) y otro T subuno (T_1). Si lo que ocurre en el tiempo T_0 determina totalmente lo que ocurra en el tiempo T_1 decimos que no hay libertad en el proceso. En cambio, decimos que hay libertad cuando lo anterior no es cierto, cuando lo que ocurre en T_1 no está *totalmente* determinado por lo que sucedió en el estadio anterior T_0.

$$T_0 __________ T_1$$

La palabra "totalmente" tiene mucha importancia, puesto que la aporía de la libertad ha sido mal planteada sobre una falsa opción: o bien hay una determinación total, o bien hay una libertad total [1]. Ninguno de esos extremos es correcto para describir lo que sucede con la conducta humana. Es perfectamente admisible que haya una determinación relativa de lo que sucede en T_1 por lo que sucedió en T_0, pero esa determinación no será

[1] Las doctrinas tradicionales del determinismo y del libre albedrío plantean así una falsa disyuntiva: la que se da entre contrarios como lo son el universal positivo (Todos los S son P) y el negativo (Todos los S son no P).

total, y desde el momento en que no lo es ya hay un ámbito de libertad. A la determinación total por lo que sucedió en un tiempo anterior se opone la creación a partir de lo dado, y esto es lo característico de la libertad.

Lo que ha ocurrido es que este problema fue mal planteado como el tema del libre albedrío, y al plantearse mal no se podía más que arribar a falsas soluciones. El libre albedrío planteó la libertad como posibilidad de opción de un ser racional, sin limitaciones, consciente e inteligente, que elige en forma serena y racional entre el Bien y el Mal. Pero ahora sabemos bien que las cosas no son así, y comprendemos cómo es que nunca podía alcanzarse una superación o un acuerdo: los partidarios del determinismo se cansaron de mostrar cuáles son los factores que efectivamente determinan un cierto grado de conducta humana, mientras que los partidarios del libre albedrío se cansaron de mostrar cómo, a pesar de todo, el hombre tenía libertad. Pero si se admite que la libertad del hombre no es infinita sino que es limitada, no hay ya dificultad en superar el problema. Y si, además, se advierte que la libertad no se necesariamente el ejercicio de una capacidad racional consciente e inteligente —ya que incluso puede ser en parte irracional, y ni siquiera estar en el nivel consciente—, el problema se disuelve como una falsa opción. Pongamos un ejemplo: un hombre que "esclavo" de su malsana pasión por el juego diariamente concurre a un garito. Alguien podría decir que no es libre puesto que está sometido a su vicio, pero esto no es nada más que una manera de hablar: en primer lugar él eligió el vicio de jugar y no el de las drogas o cualquier otro, *nadie* se lo impuso; en segundo lugar, y suponiendo que no fuese libre para dejar de jugar, él elige jugar a la ruleta y no a las carreras o a punto y banca; por último, ya jugando a la ruleta, elige a qué número le va a apostar, qué cantidad, etcétera. Como vemos, el "esclavo" de su pasión tiene muchísimas oportunidades de ejercer su libertad. Tomemos otro ejemplo, que es claro aunque quizá chocante: supongamos que estoy en un octavo piso y viene alguien y me tira por el balcón. En el momento en que voy cayendo ya no estoy ejerciendo mi libertad para elegir entre caer o no, puesto que en esa circunstancia soy un puro objeto de la naturaleza que cae y no puedo dejar de hacerlo; pero si soy yo quien por desesperación me he arrojado para suicidarme, el caso cambia totalmente: aunque puede haber mil factores que me han llevado a la desesperación, he sido yo quien optó, ante esas circunstancias, por suicidarse y no por recluirme en un monasterio o matar a quienes considero responsables de mi estado. Incluso una vez decidido a quitarme la vida he elegido el medio, he elegido entre dejar o no cartas explicando mi actitud, he elegido el momento, he elegido tener o no en cuenta a las personas delante de quienes me voy a arrojar, o a aquellas sobre las que puedo caer.

Explicada en lo precedente la noción misma de libertad como esa forma de ser del tiempo en la cual hay una novedad en el futuro que no viene impuesta por el pasado, interesa todavía advertir, antes de adentranos en la descripción de la libertad, que si bien no podemos demostrar que ella exista en el universo tampoco puede demostrarse que no exista. En primer lugar resulta claro que para poder afirmar la necesidad en una secuencia temporal cualquiera, se hace necesario observar con precisión el estado de cosas inicial, en el tiempo subcero (T_0), así como observarlo en forma igualmente precisa en el tiempo ulterior (T_1). Ahora bien: esta observación es imposible. Y ello no solamente por el número infinito de variables que habría que observar en T_0 y en T_1, sino también porque aun recortando más o menos arbitrariamente aquellas variables que interesa observar (que es lo que hace un científico, p. ej., en un experimento cuando observa la presión, la temperatura, etc.), ocurre que cuando se quiere llegar a una observación extremadamente precisa —en la microfísica— la pura observación es imposible y en rigor lo que se hace es alterar el estado de cosas al tiempo subcero para observar cómo se comportan las partículas a raíz de dicha alteración. Así, por ejemplo, cuando se somete una sustancia a la acción de rayos, es decir, al bombardeo por partículas determinadas. Por otra parte, es conocido el principio de indeterminación de Heisemberg: puede saberse qué posición ocupa una partícula si se renuncia a saber a qué velocidad se mueve o puede saberse a qué velocidad se mueve si se renuncia a saber qué posición ocupa, pero no ambas cosas a la vez. Resulta de lo dicho que la observación completa del estado del universo al tiempo subcero es imposible y como éste es un presupuesto, como hemos visto, de la noción misma de necesidad, la tesis determinista resulta indemostrable.

12.1.3. La causalidad

Ello no quiere decir que debamos abandonar la noción de causalidad. Quiere decir meramente que ella tiene un alcance epistemológico o metodológico, pero no metafísico. En terminología kantiana: no es una categoría trascendente (u ontológica) sino de uso trascendental (gnoseológica). Aunque con este alcance meramente epistemológico, la causalidad estricta tiende a dejarse contemporáneamente de lado y a sustituirse por la noción más elástica de probabilidad de la cual la causalidad estricta sería el caso límite (probabilidad 1). La causalidad bien entendida constituye por lo tanto una hipótesis epistemológica: la hipótesis epistemológica fundamental que acompaña en cada caso a las hipótesis concretas que el científico lanza sobre los fenómenos para desentrañar las regularidades que se dan en ellos (leyes). Dado el carácter metodológico y no on-

tológico de la hipótesis básica de la causalidad, no hay ningún inconveniente en su empleo, fecundo también, en el reino de lo humano y de su empleo metódico han resultado avances notables en la sociología, la economía y la psicología, para mencionar algunos ejemplos. La causalidad debe ser entendida, pues, como una regla epistemológica fundamental (al menos para el campo de las ciencias no normativas) que dice más o menos: supongamos que el curso de los acontecimientos está determinado en forma necesaria. Tratemos, pues, de investigar las leyes generales que presiden dicha determinación y no cesemos en nuestro intento de explicar causalmente todo tipo de acontecimientos que podemos describir [2].

Nada de lo dicho sobre el empleo útil de la hipótesis de la causalidad puede perturbar la noción metafísica de libertad —entendida como libertad limitada— ni el empleo correlativo de la normación en relación a esa libertad. Salvo quizá la idea de que los móviles de una acción son algo así como causas de la misma. Esta equivocada idea no es más que un intento solapado de hacer metafísica determinista, so color de ciencia. Para evitarla baste aquí señalar lo siguiente: 1) la causa propiamente dicha no solamente es anterior en el tiempo al efecto sino, sobre todo, algo distinto a éste. Los móviles, en cambio, no son algo distinto al propio sujeto actuante y a su obrar; 2) se supone la noción del hombre como ente racional sin apetencias, noción totalmente gratuita y no descriptiva; 3) la doctrina del móvil-causa es una hipótesis auxiliar de fecundidad cero en la indagación de las regularidades entre los fenómenos, ya que el móvil es meramente inferido a partir del estímulo y la respuesta, pero no es directamente observable. Es preferible en ese sentido la posición del conductismo que busca describir regularidades entre fenómenos observables.

12.1.4. La libertad como dato

El raciocinio, dijimos, no puede refutar la libertad, pero tampoco demostrar su existencia. ¿Podremos acaso simplemente mostrarla? Kant no creyó seguramente que ello era posible y la propuso como un postulado de la razón práctica. Él parte en su filosofía ética de la ley moral (el "no matarás", etc.) que luce esplendorosa en la conciencia. Pero advierte Kant lúcidamente que para que tal ley moral tenga sentido es necesario postular la existencia de la libertad. Kant puso al desnudo así, de una vez para siempre, la relación necesaria entre norma y libertad. Conviene insistir sobre este punto obvio que, sin embargo, el cauteloso cientificismo de algunos autores ha logrado en buena medida llevar al olvido. Así, por

[2] POPPER, K., *La Lógica...*, cit., pág. 59.

ejemplo, Kelsen, más sagaz pero menos profundo que Kant, nos dice que *hablamos* de libertad para referirnos al término de una imputación (normatividad) pero que en definitiva todos los temas que pretenden esclarecerse con la noción de libertad pueden ser resueltos como temas de imputación.

Pero lo que no resulta convincente en la doctrina de Kant es que la libertad, que es lo más inmediato a nosotros mismos, que *somos* nosotros mismos, sea meramente "postulada" por la razón. Habría que mostrarle a Kant, que así como el "yo pienso" acompaña a todo acto de conciencia (como él mismo sostiene en su teoría de la apercepción trascendental), todo "yo pienso" es un "yo hago" y que el "yo hago" acompaña a todo acto de conciencia y también a los actos que no son actos de conciencia. La libertad está en lo más inmediato, en lo dado en el mero vivir y hacer. Sin embargo, la libertad no es objeto de intuición y es por ello que hay alguna dificultad para verla. La razón de esto es sencilla si tenemos en cuenta lo que hemos dicho sobre el ser objeto. La libertad no puede ser objeto de intuición sencillamente porque no se la puede destacar en la intuición como objeto, pues ella es el fondo sobre el cual cualquier objeto de la intuición (interna) se destaca. Así como el mundo es el fondo sobre el cual se destaca cualquier objeto de la percepción (intuición externa), la libertad —que puede explicitarse en el "yo hago"— es el fondo sobre el que se destaca cualquier objeto de la reflexión propiamente dicha (intuición interna). Un acto cualquiera mío —p. ej., este escribir a máquina o este pensar sobre la libertad— puede ser sí objeto de reflexión en un nuevo acto. Aparece así un *cogito* propiamente dicho ("Yo escribo a máquina", p. ej.) que destaca, de todo lo que yo era, este particular acto, así iluminado como objeto. Pero en este acto así iluminado y en todo lo demás que yo también era (p. ej., pensar sobre la libertad, etc.) estaba también la libertad que no ha sido destacada y que tendremos que contentarnos con ver de soslayo, pues todo lo que podemos destacar como objeto será siempre un acto dado y no la libertad que se va dando en todos los actos y en toda la secuencia temporal que los engloba.

La libertad acompaña al "yo hago" con la misma evidencia absoluta con que el "yo existo" acompaña al "yo pienso" cartesiano. Todo hacer implica necesariamente la libertad, y recuérdese que "pensar" es una de las tantas cosas que se pueden hacer. Pero esta libertad no es absoluta sino limitada, y en esto se ve la razón que asiste en parte a los que tratan de hallar la determinación de la libertad a través de sus límites. Permítase una comparación: imaginemos una poderosa corriente de agua que —dentro de su cauce— arrastra a cierta velocidad a todo lo que en ella se encuentra, animado o inanimado. Conociendo la velocidad de la corriente y el

curso del agua, arrancando de un tiempo determinado (T_0) podemos saber con exactitud en qué lugar se encontrará un objeto inerte cualquiera en otro tiempo posterior (T_1). Sin embargo, si ese cuerpo tiene movimiento propio (libre) independiente del que le imprime la corriente de agua (supongamos un nadador o un pez), el ámbito de indeterminación con el que vamos a determinar su posición en el tiempo T_1 va a ser mayor, puesto que su movimiento propio puede ser utilizado de diversas maneras, lo que, sin impedir que el cuerpo sea igualmente arrastrado, hará que su ubicación, en determinado momento, también dependerá de lo que él haga. El nadador, pez o insecto puede nadar a favor de la corriente, en contra de la corriente o en sentido transversal a la corriente. Igual la corriente lo arrastra, pero ahora el lugar en que se encontrará al T_1 no está totalmente determinado. Se encontrará, eso sí, dentro de una zona que sí podemos determinar con exactitud sabiendo la fuerza del nadador, por ejemplo.

12.1.5. Los límites de la libertad

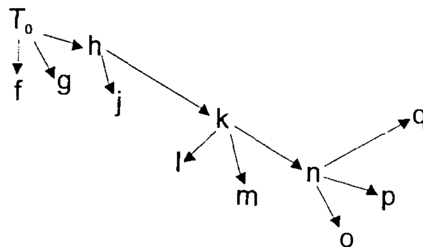
Dándose la libertad en la intuición, no como objeto [3] pero sí con toda evidencia, debemos tratar de ver por qué y cómo pudo hablarse de determinismo, en qué hechos hizo pie la concepción determinista. Y esto se comprende por la circunstancia de que, efectivamente, la libertad está determinada en una forma relativa. Los deterministas captaron algunas de las determinaciones de la libertad y pensaron que ellas eran absolutas y totales. Veamos los límites a la libertad para comprender mejor en qué ámbito se ejerce esa libertad. En primer lugar tenemos ciertos límites ontológicos que sí son *absolutos*, la libertad choca contra ellos y nada puede hacer por superarlos. El pasado de cada uno funciona como un límite absoluto en la medida en que es inmodificable, la libertad todo lo que puede

[3] Sucede con la libertad, en lo que respecta a la interioridad, lo mismo que con el mundo en relación a la exterioridad: que está en el plano intuitivo aunque, por su parte, no puede ser *objeto* de una intuición. Y ello por la sencilla razón de que, como hemos visto, objeto es lo destacado de una totalidad dada, quedando, en consecuencia, lo destacado como figura y la totalidad como fondo de dicha figura, fondo que, como tal, no puede jamás ser objeto destacado. Si yo hago objeto de mi percepción a la lapicera, p. ej.: advierto que ella ha sido destacada como objeto percibido sobre el fondo de la mesa. Si ahora hago objeto de mi percepción a esta mesa, ella se destaca sobre el fondo del piso, las paredes, la habitación, etc., hasta que, finalmente, todo objeto percibido se destaca sobre un fondo: el mundo. De modo semejante, en la interioridad, cualquier acto mío puede ser especialmente atendido o destacado sobre el fondo que es la libertad. Puedo así atender a un acto —reflexionar y hacer objeto al anterior— deslizándose la libertad entonces como fondo del acto nuevo. Por ello la libertad no puede ser nunca dada como objeto a la intuición por más que se encuentre en el plano de lo dado antes de todo objetivar o destacar.

hacer es asumirlo para proyectarse hacia el futuro, pero nada más; también, y en la medida en que somos un cuerpo, vemos que éste constituye una determinación o límite sumamente importante, podemos cambiar en algo nuestro cuerpo, adelgazando o engordando, haciéndonos o no la cirugía estética, pero el cambio posible es poco, la raza que evidencia su color, por ejemplo, es inmodificable, aquel que es manco no puede elegir no serlo, este cuerpo que somos constituye otro límite absoluto a la libertad. También nuestra inserción en un momento determinado de la historia es una determinación absoluta, no podemos elegir vivir en la Edad Media, ni en la Guerra de Secesión, ni en el año 3000, tenemos que aceptar vivir el tiempo en que nos toca vivir. Una vez que hemos señalado los pocos límites a la libertad que hemos visto, tenemos que la casi totalidad de los demás límites son *relativos*, es decir, si bien en un momento dado pueden aparecer como infranqueables, son superables por el ejercicio mismo de la libertad que parecen limitar. Así, por ejemplo, el ir a la Luna se usaba hasta hace poco como caso típico de algo imposible, hoy ya es un acontecimiento realizado; incluso el ir a Venus u otros planetas está ya en las posibilidades más o menos próximas de la humanidad en cuanto conjunto. Ese ejemplo muestra cómo la humanidad va franqueando, a través de un ejercicio continuo de su libertad, aquellos límites que parecían infranqueables. Si se quiere ver un ejemplo individual de esto mismo podemos tomar el que muestra la película "Un condenado a muerte se escapa". Todo su argumento consiste en la historia de un prisionero de guerra que se propone escapar de una cárcel de la cual es "imposible" fugarse. Él empieza por conseguirse una cucharita, luego la afila, con ella raspa la puerta y va aflojando sus maderas y así, después de un largo proceso, consigue escapar, logra vencer ese límite "imposible" de vencer. Claro está que si me encierran en un calabozo y yo quiero irme de inmediato, no puedo hacerlo, pero también es cierto que si empuño con firmeza mi decisión de escapar es muy probable que en el calabozo más cerrado, más seguro, haya una posibilidad de fugarse y que la libertad la elija y la alcance. La vieja historia de "El Conde de Montecristo" cuenta también un caso de esta naturaleza.

Lo que acabamos de ver puede ser visualizado en un gráfico. Partimos de un tiempo T subcero (T_0) de la vida de cualquier sujeto; en ese primer estadio no se le ofrecen ni la posibilidad "p" ni la posibilidad "q", más aún, las ve muy remotas y difíciles de alcanzar; las posibilidades entre las que realmente puede elegir son la "f" la "g" y la "h"; supongamos que él elige la posibilidad "h" desechando las posibilidades "f" y "g"; por esa elección ha pasado a un nuevo estadio en el cual se le ofrecen las posibilidades "j" y "k", él elige la posibilidad "k" y desecha la posibilidad "j",

ahora ya va a estar en condiciones de elegir entre "l", "m" y "n"; si elige la posibilidad "n" va a haber alcanzado la situación, en la cual puede realmente optar por "o" , "p" o "q".



Resulta perfectamente visible cómo por el ejercicio de la libertad se van creando nuevas situaciones que se incorporan al pasado, las que, a su vez, crean nuevas posibilidades. Piénsese en la diferencia de posibilidades que se le abren a quien ha seguido estudios universitarios o posuniversitarios, y las que se le brindan a aquel que no ha tenido ninguna instrucción, y es obvio que todo aquel que hoy es universitario pasó alguna vez por la opción de seguir o no esos estudios. Esta posibilidad de incrementar las opciones y de remover las limitaciones que tiene la libertad por su ejercicio mismo, no sólo existe en los ejemplos dados, sino también frente a la totalidad de límites relativos de la libertad por inamovibles que éstos parezcan.

Un límite de suma importancia lo constituyen las creencias imperantes ya sea como producto de un estadio superable del conocimiento, ya sea como ideologías. Habitualmente las ideologías son uno de los límites más severos que se presentan al ejercicio de la libertad; estas ideologías —en sentido lato— son las convicciones o creencias que se vienen arrastrando sin que se les haya hecho crítica alguna. Son tan poderosas que gobiernan a la sociedad atando el ejercicio de la libertad en tal forma que la gente se conduce siempre de la misma manera sin saber bien por qué. Y por ello estas ideologías constituyen un muy eficaz instrumento de gobierno social. Respecto de cada individuo en particular funcionan como límites a su libertad, pero —afortunadamente— por medio de la meditación o la reflexión cada uno puede poner en crisis estas convicciones y modificar su conducta optando por rebelarse contra las ideologías imperantes. Y este cambio puede llegar a ser muy drástico o importante para la vida de cada uno y, en la medida en que sea compartido por muchos, para la vida de la sociedad. En un momento de la historia, por ejemplo, reinaba la ideología que sostenía que el monarca era un representante directo de Dios y que de Él recibía su poder. Esta ideología, que estaba al servicio de la monarquía, fue puesta en crisis primero por algunos pensadores, luego por cierta gente de acción y por último por la sociedad toda, y ya hoy nos resulta absurdo que alguien pueda compartirla.

También los cambios que puede alcanzar el ejercicio de la libertad en el plano individual pueden ser muy importantes. Pongamos algunos casos dramáticos. San Agustín era un hombre de vida disipada, era un noble rico y libertino pero en un momento dado se convierte al cristianismo y llega ser uno de los santos de la Iglesia. Otro caso es Rimbaud, que fue uno de los poetas más importantes de su época, pero en cierto momento se va al África, allí se dedica a comerciar y termina sus días como un próspero comerciante. Otro ejemplo de una decisión importante que modifica toda una vida, fue la de Rossini, quien llegó a ser un gran compositor siendo aún joven y, cuando todavía se esperaba de él lo mejor, dejó de escribir música. Si hubiese muerto en el momento en que decidió no escribir más se diría de él lo mismo que de Mozart: "¡Qué no hubiese dado a la música si no hubiera muerto tan joven!". Lo cierto es que no podemos saber qué hubiera dado Mozart en caso de haber seguido viviendo: podría haber seguido siendo un gran compositor, podría haberse convertido en un mediocre, en un comerciante, en un delincuente o en un monje. Nunca hay un destino determinado, cada uno en el ejercicio de su libertad va construyendo su propio destino. No es cierto que hacemos determinadas cosas porque estamos obligados a ello: somos nosotros quienes asumimos una obligación como tal y decidimos cumplirla. No es cierto que no podemos proseguir estudiando porque tenemos que atender un estudio jurídico, puesto que todo estudio puede atenderse con mayor o menor dedicación, y dentro de este "más o menos" podemos hacer cualquier otra cosa. Además, siempre existe la posibilidad de cerrar ese estudio para buscar realizarnos en cualquier otra actividad. El pensar que estamos determinados por las obligaciones cotidianas —que nosotros mismos nos hemos creado—, por algo así como "el destino" o por lo que fuere, es una forma de huir de la libertad.

12.1.6. Noción formal y material de la libertad

Esta libertad de la cual hemos venido hablando es la libertad metafísica. Todos los otros conceptos que se pueden acuñar sobre la palabra *libertad* son derivados de éste, que es el fundamental. Así se habla de "libertad política", "libertad religiosa", "libertad de pensamiento", etcétera, que quiere decir que los individuos *no están coaccionados* a pensar de acuerdo a tal ideología política, o profesar tal o cual religión. Pero la posibilidad real de coaccionar a alguien para que actúe o piense de determinada

manera se funda en la libertad metafísica, puesto que aquellos entes que carecen de libertad metafísica no son susceptibles de ser coaccionados de ninguna forma; la historia cuenta que siendo Jerjes emperador de Persia, hizo azotar el Mar Negro porque una tormenta le había hundido su escuadra. Pero al Mar Negro esa "sanción" no lo afectaba en absoluto porque ese movimiento de sus aguas que hundió la escuadra no era conducta, no era libre y por ello no tenía sentido —por absurdo— ese intento de sanción. A los seres que no son libres no hay ninguna forma de coaccionarlos o de privarlos de libertad: a nadie se le puede ocurrir encerrar a una piedra; se encierra únicamente a los seres libres, precisamente para *privarlos de libertad* (limitar o estrechar el ámbito de posibilidades en el cual pueden ejercer su libertad). Así tenemos que todos los conceptos de libertad política, religiosa, económica, de pensamiento, de prensa, etcétera, tienen sentido porque se fundan en la libertad metafísica que nunca falta en el hombre, y sin la cual sería absurdo hablar de cualquier otra clase de libertad.

Pero no debemos concebir la libertad metafísica como a una idea platónica que es intocable, y que nada tiene que ver con lo que efectivamente pasa en este mundo. Esa misma libertad metafísica la describimos como posibilidad de opción entre varias posibilidades existenciales. Pero esto es sólo formal. Hay que ver que si bien esta *forma* de la libertad metafísica se da siempre igual, *el dato real no es una pura forma*. El dato se da siempre como posibilidades existenciales bien determinadas, y estas posibilidades pueden contener más o menos libertad puesto que, precisamente, la libertad es una libertad limitada. Ella, a pesar de ser manifiesta y de darse siempre en el hombre, puede ser mayor o menor, ya que las posibilidades concretas dadas en una situación determinada pueden ser más amplias o más restringidas. Si bien siempre soy libre, la posibilidad que tengo de ejercer esa libertad no se presenta con igual riqueza si estoy encerrado e incomunicado en una celda que si no lo estoy; el cúmulo de opciones entre las que puedo elegir difieren si mi ingreso anual es de ochocientos dólares en vez de ser treinta mil, aunque a lo largo del tiempo pueda alguna vez fugarme de la celda o alcanzar esa suma.

Lo que llamamos libertad política, de pensamiento, de locomoción, religiosa, de comercio, etcétera, no son más que esferas de sentido que engloban tipos de actos, todos ellos libres puesto que son libertad metafísica. Pero como esa libertad metafísica es siempre limitada, con tales expresiones se alude a una menor limitación (o mayor) dentro de cada una de esas esferas.

12.1.7. La decisión. La preferencia y la opción

Para cada nuevo presente existencial, para cada situación, hay, pues, un repertorio limitado de posibilidades que están allí presentes, contenidas en el futuro de la situación en cuestión. Algunas de estas posibilidades son compatibles entre sí —como, p. ej., dar la clase y fumar—, y éstas no crean mayores problemas. Otras posibilidades, en cambio, se presentan como mutuamente incompatibles, ya sea en forma absoluta —casarse o no casarse, p. ej.— ya sea con un alto grado de probabilidad (dependiendo en esto del curso normal de la experiencia o de leyes causales más o menos conocidas) como, por ejemplo, "eliminar a mi enemigo" y "no sufrir daños". Estas últimas, las posibilidades sólo relativamente incompatibles entre sí, plantean problemas de mayor complejidad que no es necesario tratar aquí.

Las posibilidades absolutamente incompatibles entre sí encerradas en una situación cualquiera —y siempre las hay— nos permiten en cambio presentar limpiamente y hasta didácticamente el tema de la libertad como preferencia que es una opción entre alternativas. Digamos que *cada una de las alternativas es contingente (puede o no darse), pero que la suma de todas ellas es necesaria*. Dentro de esta necesidad dada en la situación, la libertad prefiere alguna de las alternativas y la realiza: la hace pasar del tiempo futuro al presente, de puramente posible-contingente a real. El tránsito mismo del proceso interno a la exterioridad, del odio o la ira al disparo, o al golpe, o a la invectiva, permanece por fuerza hundido en la opacidad de la fisiología y la química (nunca sabremos nosotros cómo nos las arreglamos para mover siquiera un brazo). Lo único que tenemos para esclarecer el proceso de la decisión libre es la preferencia que se otorga a una de las alternativas con relación a las otras. Pero esta preferencia puede ser, a su vez, más o menos reflexiva y deliberada y, por lo tanto, más o menos esclarecida.

Un pelotari que va a buscar la pelota allí donde ella (todavía) no está o una criatura que se lleva una galletita a la boca pueden ser buenos ejemplos de una preferencia irreflexiva: las otras alternativas contenidas en la situación no están ni siquiera tenidas en cuenta. Desde el futuro solamente llama una posibilidad destacada como figura única sobre un fondo totalmente inatendido.

12.1.8. La reflexión y la deliberación

Una criatura forzada a optar entre una galletita y una manzana, un automovilista que afronta una bifurcación del camino, el asno de Buridan, pueden ser buenos ejemplos de una preferencia reflexiva: desde el futuro

más de una posibilidad llama, estas posibilidades se presentan ahora como alternativas y la posibilidad de elegir o preferir, antes escondida, se hace ahora patente. El futuro no tiene una configuración precisa, ya que la que tenga dependerá de la que el sujeto agente le asigne con su preferencia. Todavía puede ocurrir que el llamado de una de las alternativas sea más fuerte y la preferencia se le otorgue sobre esa base casi exclusiva quedando de la otra alternativa, también apetecida, solamente su haber sido presentada como tal y la frustración de la tendencia hacia ella. Si en una situación semejante queremos llamar "valor" a la condición de apetecida de la alternativa preferida al llamado que de ella emana, la palabra "valor" será un nuevo modo de hablar pero que no agrega, sin embargo, nada, a las descripciones ya hechas. Ya veremos, sin embargo, que se pretende decir mucho más con la palabra "valor" y que justamente de allí provienen muchas dificultades y oscuridades en la consideración de estos temas.

Si la situación conflictiva que crea el futuro que se presenta así sin una configuración dada, no es solucionada espontáneamente por el predominio del llamado que ejerce sobre el sujeto agente una de las alternativas, la situación se torna por una parte (objetiva) problemática y por la otra (subjetiva) angustiante. Problemática porque no se sabe cuál alternativa elegir; angustiante porque se es consciente de que es forzoso elegir algo. La libertad misma queda así puesta al desnudo en toda su potencia e impotencia y esta presentación de su propia libertad al desnudo se da al hombre en la angustia (en el sentido de Kierkegaard y de Sartre, aunque no en el de Heidegger). Pero si dejamos este "mal metafísico" de subjetividad que parece sólo aqueja al hombre y tornamos al aspecto objetivo, lo problemático de la situación sume al sujeto agente en la cavilación que puede llegar a perplejidad (como en el burro del ejemplo).

La reflexión al presentar un futuro como alternativa de posibles, un futuro problemático, deviene en cavilación y perplejidad en tanto este futuro sigue allí como problema. La deliberación es una nueva vuelta de tuerca de la reflexión por la cual trata el hombre de salir de esta situación. Se trata ahora de pensar o repensar la situación, recorrer todos y cada uno de los elementos dados en la misma —presentando así, quizá por primera vez, algunos que no habían sido objeto de reflexión— y todo ello en función de las alternativas posibles como "pros" y "contras" de ellas. Así, por ejemplo, un hombre delibera para decidir si se casará o no con determinada mujer, si dará o no un examen, si aceptará o no un empleo que le ofrecen, etcétera. Sin embargo, es preciso no engañarse sobre los poderes y alcances de la deliberación (con la cual tendió a confundir la doctrina del libre albedrío a la libertad sobre la base de que el hombre es racional).

Una deliberación completa es imposible, no solamente porque debe darse ese proceso en que ella consiste en un tiempo limitado, sino también porque ella supone la representación exhaustiva de todos los componentes de la circunstancia —y aun de todas las consecuencias de la decisión en cuestión— cosa notoriamente imposible. La deliberación tiene lugar, por consiguiente, tan sólo en tanto y en cuanto ella permite salir del estado de cavilación y perplejidad. Tan pronto se apuntan por ella algunas diferencias que hacen más apetecible alguna de las alternativas, la situación en su conjunto se redefine, el futuro se configura y la decisión está tomada (proceso en el cual, por cierto, intervienen el temperamento más o menos reflexivo o deliberativo del agente y el tiempo que él puede tomarse para deliberar). La idea de un acto plenamente deliberado no sería, pues, más que una idea kantiana: la idea de un acto de un ente puramente racional que tiene, sin embargo, apetencias y, además, un tiempo infinito para decidir acerca de su satisfacción. Pero resulta que esta idea no es ni siquiera una idea kantiana porque resulta obviamente contradictoria, ya que —entre otras cosas— las apetencias no pueden esperar un tiempo infinito, etcétera. Así, pues, aun en los actos más importantes en la vida de un ser humano —aquellos que suelen denominarse "trascendentales" en el lenguaje vulgar— como, por ejemplo, casarse, elegir una carrera, abrazar una religión, etcétera, el papel que juega la deliberación es menor de lo que suele creerse, ya que el novio no puede representarse, sino en forma muy grosera, qué será su vida con tal mujer, el estudiante en qué consistirán sus estudios, su práctica profesional, etcétera.

12.1.9. Querer y desear

Si la libertad se ejerce en el mundo, si consiste en una alteración (o no alteración) de la circunstancia, todo ese proceso interno que puede estar más o menos presente, como hemos visto en el párrafo anterior (apetencia o apetencias/reflexión/deliberación) culmina en una decisión. O, para decirlo mejor, en una acción, es decir, en una decisión operante. Destacamos con esto que la acción tiene un aspecto o cara interna y un aspecto o cara externa y que este último consiste en una transformación (o no transformación) del mundo. Salvo los casos excepcionales (criaturas, sonámbulos, actos fallidos, ebrios o drogados) en los que el obrar no traduce un proceso psíquico consciente, el aspecto interno de la acción, la decisión, se identifica con lo que tradicionalmente se conoce como voluntad o querer. De allí que se haya dicho que la acción es un hecho de la naturaleza que es, al mismo tiempo, un hecho de voluntad (Del Vecchio). Por otra parte, la decisión en el hombre adulto —no así en las criaturas— tiene poco que ver con lo que se llama "desear". Sin embargo, como hay cierta

confusión entre el uso de las palabras "querer" y "desear" y, por otra parte, la expresión "preferir", que también hemos usado —se la vincula fácilmente con "desear"— convendrá introducir aquí algunas precisiones terminológicas que consideramos adecuadas. Para mayor claridad seguiremos refiriéndonos al caso en que la decisión es una opción entre posibilidades alternativas.

Las posibilidades alternativas entre las que se ejerce la opción que constituye la decisión, dijimos que eran aquellas que están contenidas realmente en la situación. Aquí tenemos ya una diferencia entre desear y querer porque: 1) puedo desear —pero no querer— posibilidades que no están contenidas en la situación como, por ejemplo, una mujer que desea ser hombre, un jugador mediocre que desea ser campeón de algún deporte, un pobre que desea ser rico, etcétera; y 2) puedo desear *todas* las posibilidades alternativas —pero no quererlas— ya que mi decisión podrá actualizar sólo una de ellas. Así, por ejemplo, el niño forzado a optar entre la galletita y la manzana, el joven que desea salir como pareja con una rubia, una morocha y una pelirroja, en su día franco, etcétera.

Digamos, pues, que el deseo es el atractivo o el llamado que nos hace la apetencia que despierta en nosotros un ente cualquiera en el trato existencial plenario que podríamos tener con él, pero que este trato puede no estar contenido entre las posibilidades dadas en la situación. Si no lo está —como suele ocurrir— todo queda en el campo de la fantasía y hablaríamos mejor en condicional diciendo, por ejemplo, "me gustaría estar ahora en la playa". Si, en cambio, el trato con el ente objeto de deseo está contenido entre las posibilidades propias de la situación, diremos que el deseo funciona como una motivación para la decisión. Pero todavía no se confunde con ésta. Solamente en el mundo mágico de las criaturas de corta edad el querer se motiva exclusivamente en el desear y, por tanto, ambos se confunden en la práctica. Pero la mera acumulación de experiencia y, sobre todo, la endoculturación de que es objeto por parte de los adultos, enseñan pronto a la criatura conductas en las que la motivación que constituye el deseo pierde su primitivo lugar exclusivo. Ya hemos visto al tratar la practognosis cómo la criatura aprende espontáneamente que un rayo del sol es inasible o que el fuego quema, cómo es endoculturada para que no haga sus necesidades simplemente cuando desea hacerlo, etcétera. Por el aprendizaje de las posibilidades reales contenidas en las situaciones y de las consecuencias ulteriores de los actos y, sobre todo, por la socialización, se van así separando progresivamente deseo y voluntad hasta que en el hombre adulto más o menos civilizado y responsable suele tener un alto grado de apartamiento, ya que la mayoría de sus actos obedece a normas que la sociedad impone usualmente para reprimir o, al menos, morigerar la explosión incontrolada de los deseos. El mundo de los deseos —se ha dicho bellamente, pero con alguna exageración— es moralmente irrelevante: solamente la voluntad que se enfrenta a ellos tiene significado moral (Radbruch). La situación precedente puede ser descripta como un tránsito o madurez de la libertad desde la libertad del alma-animal a la del espíritu-racional, porque si bien el alma resulta en ella como sofocada y pierde en parte su ímpetu, por la otra el realismo de la madurez permite ver las posibilidades realmente contenidas en la situación, por la cual hay una libertad aún mayor.

El deseo es un puro fenómeno interno y como tal es irrelevante, en cambio el querer se manifiesta en el ejercicio mismo de la libertad: no hay querer sin un acto externo, sin un hacer que lo manifieste (salvo el querer que se refiere a la interioridad como, p. ej., el querer concentrarse en este minuto de silencio, en la memoria del difunto). Generalmente se piensa que hay una gradación insensible entre ambos términos, se cree que puede haber un querer puramente interno y que éste no se realiza por algún motivo ajeno a la voluntad. Pero el análisis existencial muestra que no existe tal cosa, no se puede hablar de un querer mientras no haya un obrar que lo evidencie. En rigor, el querer se confunde con el obrar mismo en los casos en que éste es consciente.

Para comprender adecuadamente la conducta debemos tener bien en claro que la libertad se fenomenaliza con la efectiva elección que conlleva todo obrar. Ese obrar y esa elección implican usualmente un querer, no hay posibilidad alguna de hablar de un "querer" que no esté integrando el obrar. No hay tampoco una "pura elección interna"; la real elección que hace la libertad es aquella que se realiza, que se fenomenaliza con la conducta. Así, si alguien dice: "Yo prefiero a Juana, pero por causas muy especiales me caso con Luisa", lo que en realidad está haciendo es, en esa situación existencial, preferir a Luisa. Su acción, su obrar, lo ponen de manifiesto, y ese deseo de "elegir" a la otra es totalmente irrelevante. Mientras una elección no se actualiza en una real conducta *no hay elección* y, por ende, no hay libertad ni voluntad fuera de la que se fenomenaliza en el obrar.

12.1.10. Lo inmediato y lo mediato en la voluntad. Los "fines" de la acción

Dijimos que la acción consciente presenta un lado interno (voluntad) y un lado externo (comportamiento) y que es perfectamente posible y frecuente que exista una correspondencia total entre ambos. Quiero, sé lo que quiero y hago lo que quiero, como, por ejemplo, si quiero cerrar la ventana y la cierro. Lo querido es aquí un curso de mi conducta, el cual

no solamente está contenido como posibilidad en la situación sino que es, además, una posibilidad inmediata de la misma. En estos casos puede darse, sin embargo, una discrepancia entre lo que intenciona mi voluntad y lo que ocurre como modificación del mundo cuando por torpeza o error hago algo distinto de lo que quiero hacer, como por ejemplo si quiero cruzar la calle pero me caigo, o quiero alcanzar el tren corriendo pero no lo logro, etcétera. Diremos en todos estos casos que hay voluntad y obrar aunque éste resulte fallido. El saber implícito en la practognosis —justamente lo que ha fallado en el caso— nos permitirá reconstruir la acción verdaderamente querida, intencionada por la voluntad, por oposición a la "acción" resultante.

Pero existen posibilidades contenidas realmente en la situación que, sin embargo, no son posibilidades inmediatas. Diremos que son posibilidades solamente mediatas: 1) todas aquellas que no consisten exclusivamente en un curso de mi conducta; y 2) las que constituyen un curso de mi conducta para el cual no están dadas, sin embargo, todas las condiciones necesarias como, por ejemplo, si quiero escribir a máquina pero no tengo máquina de escribir y tengo, por tanto, que procurarme previamente una, si quiero leer un libro escrito en alemán y no conozco este idioma, etcétera.

En el caso de las posibilidades contenidas solamente en forma mediata en la situación, ellas no pueden ser intencionadas por la voluntad en forma inmediata sino solamente como un *fin* propuesto a la misma o, lo que es lo mismo, a alcanzar por la acción. Supongamos que estamos en el primer caso de las posibilidades mediatas: quiero agradar a un personaje importante, o quiero obtener una buena nota en un examen, o quiero ver una obra de teatro bien puesta, o quiero que mi empleado cumpla una diligencia para mí. En este último caso, como está dentro del curso normal y causal de las cosas me basta con pedírselo. En los otros casos tendré quizá que informarme sobre las obras de teatro que se están dando, estudiar más de lo acostumbrado, preparar una recepción brillante, etcétera. Es decir que tendré que hacer otras cosas que no son lo que quiero, ya que lo que quiero no puedo hacerlo yo. En todos estos casos lo que yo efectivamente hago puede considerarse como una técnica más o menos adecuada y más o menos sofisticada para lograr el fin propuesto, y todo aquello de lo que me valgo durante ese curso de conducta —las vituallas, los trajes, el decorado, la crítica teatral, etc.— como los *medios* más o menos aptos para lograr el fin propuesto. Lo mismo ocurre en el segundo caso de posibilidades mediatas con la máquina de escribir que compro o pido en préstamo, etcétera.

En todos estos casos lo primariamente querido es la posibilidad mediata contenida en la situación, pero lo que se hace es aquello que se entiende llevará a lograrlo, que resulta así querido aunque en forma accesoria. Solamente en el caso en que pudiéramos trazar una cadena causal rigurosa entre lo que efectivamente se hace en lo inmediato y el fin propuesto, tendríamos aquí conservado el paralelismo querer/hacer que constituye nuestro inexcusable punto de partida. Así, por ejemplo, si disparamos un cohete aquí y ahora para que llegue a Marte dentro de varios meses. Pero es sabido que aun en estos casos puramente científicos hay un margen de error —un 1% digamos— que no nos permite hablar de causalidad absoluta, sino solamente de probabilidad. Puede ser, a la inversa, muy grande, como en el caso del que "quiere" salir de pobre jugando un billete a la lotería. La doctrina tajante del "querer si y sólo si hacer" viene ahora, en lo que se refiere a las posibilidades mediatas, a relativizarse como una cuestión de grado. Hay siempre un hacer, pero ¿cuánto? Aquí tiene vigencia la vieja máxima "querer es poder", y la que dijera "tanto quieres cuanto haces".

Sin perjuicio de las dificultades que envuelven ese tema —como todo tema de gradación— vale la pena destacar dos logros de esta fenomenología de la voluntad de que hemos estado haciendo: 1) la concepción finalista de la voluntad/acción se refiere solamente a las posibilidades mediatas. En las inmediatas hay acciones de resultado (cerrar la ventana) y también acciones que no son de resultado (conversar, pasear, etc.) para las que no conviene la estructura medio-fin y, por ende, tampoco la estructura medio-fin-valor del fin; 2) toda relación dudosa (¿querer o desear?) con una posibilidad mediata puede y debe ser reconducida para su clarificación a la posibilidad inmediata puesta en obra ya que ella, primaria o accesoriamente, es siempre, sin embargo, *querida*.

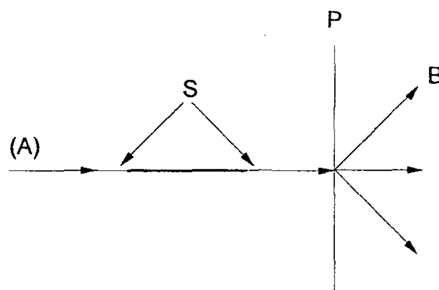
12.2. LA ACCIÓN (TRAMO DE CONDUCTA)

12.2.1. Conducta y acción

Sostenemos que el objeto "Derecho" es la conducta fenomenalizada. Por otro lado, tenemos también que una acción es un *tramo* de conducta con un sentido unitario, pero al referirnos sólo a un tramo de conducta se nos plantea el siguiente interrogante: si la conducta es un ininterrumpido fluir, si la libertad se ejerce en todo momento, ¿cómo hacemos para acotar en este ininterrumpido fluir una acción? ¿cómo deslindamos un tramo de conducta dentro de la conducta toda?

La acción se acota por su sentido unitario. Deslindamos un tramo de la conducta en virtud del sentido unitario que ese tramo tiene. Esto lo po-

demos ver con un gráfico; si tenemos un sentido único en el tiempo en el cual se desenvuelve determinada conducta (línea "a") y queremos acotar una acción, o sea un tramo de esa conducta, vemos que ciertos hechos tienen un sentido (S) único, ellos constituyen una acción (parte gruesa de la línea "a"). Nuestro gráfico muestra también el momento en que la conducta (a) llega al presente (P), ya que en el presente hay distintas posibilidades de opción, esto se simboliza con el haz de rayos en los que se abre la conducta "a". Hay algunas acciones que son simultáneamente compatibles, es decir que en un mismo tramo fáctico de transcurso temporal



pueden realizarse simultáneamente. Por ejemplo, en este momento yo estoy dando la clase y estoy fumando; ambas acciones van juntas porque no son incompatibles; pero hay otras que son incompatibles dentro de un mismo tramo unitario; yo no puedo estar dando esta clase y estar paseando por la ciudad de La Plata al mismo tiempo. Esto responde a la estructura misma de la libertad que nos exige en un momento dado elegir una posibilidad y rechazar todas aquellas que son incompatibles con la elegida.

12.2.2. El conocimiento de la acción: insuficiencia de la consideración causal

Conocer una acción, como tramo de conducta, implica necesariamente una comprensión de su sentido (S). Esto se visualiza en el gráfico que acabamos de ver advirtiendo que el sentido "S" no integra para nada el antecedente causa del tramo de conducta al cual se refiere (línea gruesa). Tomemos como ejemplo mi acción de venir a dar clase a La Plata: si queremos explicar causalmente mi presencia aquí tenemos que aludir a las contracciones musculares de mi caminar, tenemos que hablar de la fuerza física del tren que me trajo hasta La Plata, de la combustión del petróleo, de las leyes del movimiento, etcétera, pero todo ello no habla en realidad de mi acción; mi acción es la libertad que acompaña siempre a toda elección, lleva siempre involucrado un momento de libertad y la explicación

causal no puede aludir a esa libertad que es mi acción. Cuando se explica causalmente se deja de lado el momento de libertad de la conducta, siendo ese momento de libertad lo importante para la comprensión de su sentido.

Inclusive si se quisiera explicar causalmente mi conducta —no ya las reacciones químicas y físicas de los movimientos— nos encontramos con el problema de las motivaciones. Si se adopta una filosofía o una metafísica determinista las motivaciones son causas de la conducta y el hombre ya no es un ser libre, sino un juguete de sus motivaciones. Para esta concepción hay ciertas causas, ya sean ancestrales, sociológicas, antropológicas o psicológicas, que en definitiva hacen que el apretar el gatillo de un homicida sea exactamente igual a la caída de una hoja en el otoño. Esta forma de tratar de explicar la conducta olvida que, cuando se salta de una auténtica causalidad natural a las motivaciones de conducta, se les atribuye a éstas un papel que en realidad no tienen. Las motivaciones están dentro de la conducta misma, forman parte de ella y de la libertad, la libertad se ejerce en una situación existencial determinada que involucra las motivaciones. Éstas no son extrañas o externas a la conducta como lo es el viento en relación a la hoja que cae. Si bien desde un punto de vista teórico racional es perfectamente defendible la teoría del determinismo, y en ella resultamos todos igualmente esclavos de ciertas causas y ya no hay responsabilidad por nada, una correcta descripción de la realidad humana muestra que todos sus argumentos están divorciados de ese dato que es el hombre. El determinismo disuelve toda responsabilidad, por lo cual, si se ven las cosas bajo su perspectiva, resulta que el hacer de Einstein o de Cervantes es idéntico al de Hitler o al de Nerón, puesto que todos ellos no hicieron más que responder a las causas que los empujaron indefectiblemente a hacer lo que hicieron.

Los sentidos que acotan las diversas acciones han sido acuñados en los diversos verbos del idioma. Para una filosofía que se ciña al análisis del lenguaje —denominada usualmente filosofía analítica— ésta constituye la única vía de acceso legítima para hablar de las diversas "acciones". Pero para otras corrientes filosóficas —y en particular para la fenomenología existencial que nosotros estamos siguiendo— la indagación debe calar más hondo, en la estructura misma de la libertad como proyecto que adelanta su propio futuro. Por otra parte ¿cómo explicaríamos la necesidad de crear neologismos en que se encuentra frecuentemente el investigador? Tomemos, por ejemplo, "racionalizar" en el sentido que le da la teoría psicoanalítica. La creación de este neologismo sólo puede explicarse admitiendo que Freud y sus acólitos apuntaban a la "cosa misma" —la acción— de racionalizar y no solamente a la palabra "raciona-

lizar". Además, resulta chocante al sentido común que las acciones reales de los *hombres* sean distintas para cada distinta comunidad parlante.

La concepción de la conducta como proyecto permite, por el contrario, acotar un sentido y, por lo tanto, una acción, en función de la decisión por una de las varias alternativas siempre abiertas a la libertad [4]. Por una construcción de sentido común —y básicamente por la que ve en el otro un *alter ego*— estamos de inmediato en la posibilidad de comprender también el sentido como proyecto y, por lo tanto, las acciones de los demás.

En este sentido la *"comprensión"* (*Verstehen*) no sería un método específico de las ciencias sociales, sino la forma en que el hombre tiene experiencia del mundo social y de las acciones de los hombres de acuerdo a construcciones de sentido común. Así entendida, la comprensión se ejercita constantemente en el conocimiento de sentido común que los mismos protagonistas del proceso social tienen de la existencia de los demás y del sentido de sus acciones. El sentido de una acción es así construido por los mismos protagonistas del proceso social, y constituye un dato que integra el objeto que estudia el científico social cuya misión consiste en realizar construcciones de segundo grado basados en aquélla [5].

12.2.3. Conceptualización de la acción

Para comprender mejor este tema volvamos al diagrama que hicimos para ver cómo se acotaba una acción. En él vemos que el tramo de conducta acotado (línea gruesa) transcurre en el mismo sentido que el transcurso temporal (sentido de la línea "a"). Se ve también que el sentido unitario "S" de nuestro tramo de conducta no forma parte del transcurso temporal, es un sentido único para un tramo que se extiende en el tiempo. Si hoy digo "dar la clase", este dar la clase es un sentido único para todo este hacer mío que viene desde que entré en el aula. De la misma forma, para cualquier acción posible hay un sentido que abarca ese trozo de conducta.

Siendo esto así, para concebir la acción, para poder pensarla, tenemos que suponer su unidad, es decir que ella es un tramo con un sentido unitario. Hecho esto, y prosiguiendo en la tarea de conceptualizar la acción, lo primero que encontramos son ciertos hechos de conducta en los cuales se apoya el sentido unitario mencionado. Para pensar esos hechos, para

[4] VILANOVA, José, *Proyecto Existencial y Programa de Existencia*, Astrea, Buenos Aires, 1974; SCHUTZ, Alfred, *El Problema de la Realidad Social*, Amorrortu, Buenos Aires, 1974, págs. 49 y sigs., 57, 66, 80, 86-87, 90-91, 99-101, 106, 147-148, 200-201, 220, 230 y 275.

[5] SCHUTZ, A., *El Problema...*, cit., págs. 20, 36 y sigs., 42-47, 76 y sigs., 81-82 y 84.

conceptualizarlos, sólo tenemos dos alternativas: una de ellas consiste en describir la conducta en su efectivo transcurrir. Esta forma de hacerlo, que es la narración, no capta el momento central de libertad que está ínsito en cada acción en particular y en la totalidad de la conducta. Si decimos que fulano bajó de un tren, caminó veinte cuadras, entró en una casa, encendió una luz, etcétera, estamos dejando de lado la libertad, porque la libertad se ejerce respecto del futuro y no del pasado, por ello cuando describimos lo que ya ha ocurrido efectivamente estamos fuera del reino de la libertad.

Si nos colocamos ahora en el auténtico presente (P) tenemos que el tramo de conducta es un haz que se diversifica siguiendo cada rayo una de las múltiples conductas posibles; si, colocado en este punto "P", quiero conceptuar la conducta, no puedo hacer una narración porque no sé cuál de los caminos posibles tomar, puesto que todos pueden ser tomados y esa libertad que es la conducta aún no tomó ninguno. Por ello es que colocados en el auténtico presente de la conducta no podemos hacer una narración para conceptualizarla.

¿Cómo conceptuamos entonces la conducta desde el presente? ¿Cómo conceptuamos, no la conducta que ha sido, sino la conducta frente a las diversas posibilidades que le ofrece la libertad? Para concebir la acción desde el efectivo presente no tenemos más remedio que reproducir imaginativamente el curso de la acción misma y después pensar ese curso imaginado. Tenemos que adelantarnos al fin "B", por ejemplo (ver gráfico), y una vez que lo hemos hecho tenemos que mencionar la conducta que va a alcanzarlo. Para hacer esto nos hace falta una norma, porque una norma señala un fin determinado como "debiendo ser" para la conducta. Una norma dice que, dada cierta situación, "debe ser" el fin "B". Ella adelanta imaginativamente en el tiempo el estado final de la conducta y señala cómo debe ser el tramo que conduce a ese estado final. Adelanta como presente cumplido —y, por lo tanto, en cierta medida como pasado— algo que ahora es sólo futuro, es decir, posibilidad.

La conducta no queda bien conceptuada haciendo una enumeración, por minuciosa que ella sea, de las posibilidades que se presentan en un momento determinado, porque lo que caracteriza a la conducta es que en cada momento no sólo se le ofrecen varias posibilidades, sino que es forzosa la elección de una de esas posibilidades y la exclusión de las demás; para ello el empleo de la expresión "debe ser" es imprescindible. Ella expresa la proyección o programación del futuro de la conducta que se adelanta.

Para conceptualizar la conducta en cuanto libertad es, pues, necesaria una norma que establezca una *relación de deber ser* entre un hecho ante-

cedente y un hecho consecuente. No importa para nada qué sean estos hechos; pueden ser tanto las cosas más extrañas e *inconexas*, tal como un eclipse lunar y la matanza de los primogénitos de ciertos pueblos primitivos, como hechos que nos parecen más vinculados, cual la presencia de un desvalido y la limosna que le damos. No hay *ninguna relación* causal entre los hechos que une la norma; ambos no integran un ser; la unión es absolutamente un deber ser; dado el antecedente *debe ser*, o *vale*, o *es legítima* la consecuencia. "Deber ser" no significa aquí que la conducta a la que se aplica esta expresión resulte una conducta obligatoria. Todo lo que se quiere decir con "deber ser" (por oposición a "ser") es la condición del futuro determinado por la libertad, tal como ésta se da en el hombre y no determinado necesariamente por leyes causales que se supone rigen la naturaleza. Como la palabra "deber" induce a confusión, pues se la aplica comúnmente a las conductas obligatorias (*deberes* morales, jurídicos, de cortesía, etc.) convendrá insistir en este punto aclarando con un ejemplo la noción de *deber ser* y cómo ella se especifica en las modalidades de "deber" (conducta obligatoria) y poder o facultad (conducta facultativa).

Supongamos que me siento en un restaurante a la hora de comer para calmar mi apetito y pido el menú o carta. Mi decisión involucrada en la conducta que acabamos de describir me compromete a formular algún pedido. Aquí "deber ser" se ha especificado como "deber" y hacer algún pedido resulta una conducta obligatoria. Pero en lo que se refiere al contenido concreto de mi pedido (cuántos y qué platos y bebida o bebidas pediré) mi conducta es facultativa; aquí "deber ser" se ha especificado como "poder" (tener la facultad de).

La existencia de estas dos modalidades o especificaciones de "deber ser" se encuentra entrañada en la estructura misma de la libertad como proyecto. Aunque ciertamente el sistema normativo que se considere relevante para el caso (moral, Derecho, cortesía, etc.) incide en la calificación que merezca la conducta concreta observada en el caso. Así, jurídicamente no estoy obligado a comer un plato que me sirvan cuando estoy invitado a comer en casa de un amigo, pero la cortesía considera tal acto como obligatorio. Las dos modalidades se dan aun en ausencia de un sistema normativo aplicable. Así, un ermitaño que decide orar todas las mañanas a la salida del Sol quedará obligado a hacerlo, pero puede o está facultado para elegir cada mañana el contenido concreto de su oración.

Si nos concentramos ahora en las conductas obligatorias un ejemplo aclarará quizá el texto, necesariamente abstracto. Supongamos que me encuentro de paso por una ciudad X, donde viven unos parientes a quienes hace años que no veo. Dada esta situación (que comprende el parentesco, el trato que nos dispensamos, el tiempo transcurrido y mi estancia accidental), siento la obligación de cumplir con ellos y, efectivamente, voy a visitarlo. En el plano natural, causal explicativo, mi visita se explica por las contracciones musculares que llevaron mi dedo índice hasta presionar el timbre de la puerta de calle, las que determinaron cada uno de mis pasos hasta la puerta, el vehículo que me transportó hasta la esquina, etcétera. Pero en esta explicación no queda "explicado" (es decir, "comprendido") lo principal: mi decisión de visitarlos, decisión que acompaña a cada uno de mis movimientos y que constituye el núcleo mismo de toda acción, que se prolonga a todo lo largo de mis diversos movimientos sin verse sustancialmente interrumpida por mi distracción, o por otras acciones incluidas en la trayectoria (no interesa que durante el trayecto en el ómnibus lea el diario o contemple el paisaje, cruce o no las piernas, etc.). Si queremos conceptualizar rigurosamente, para nuestro propio gobierno, la decisión a tomar, en forma tal que ponga de manifiesto el sentido de la decisión misma, diremos: *dado que me encuentro en X, debo visitar a mis parientes.*

12.3. Técnica y ética

12.3.1. Conceptualización ética y técnica de la conducta

Hemos visto que en una situación determinada se proyecta una finalidad o de alguna manera se adelanta como "a realizar" lo que sólo es posibilidad, futuro.

Esta forma de pensar la conducta es propia de la ética. La ética concibe a la conducta en el sentido del tiempo, toma como antecedente una situación temporal anterior y como consecuente un objetivo o finalidad a alcanzar. En cualquier momento de la sucesión temporal la ética pretende señalar cuál es el deber ser vigente que comprende la finalidad que debe ser optada, el propósito (pro-pósito) a realizar con exclusión de las conductas incompatibles con el mismo y el ámbito facultativo para el agente.

La otra posibilidad que tenemos de pensar la estructura de la conducta es la que brinda la técnica. Una vez que ha sido adelantada imaginativamente una finalidad por la ética, puede señalarse un curso de acción que lleve a esa finalidad, y aquí aparece la técnica. La técnica consiste en imaginar cuáles son los tramos de conducta, cuáles son las acciones que, estructuradas causalmente, nos van a conducir a la finalidad propuesta. El movimiento temporal es ahora el inverso: en la ética se adelanta desde el presente un fin que se coloca en el futuro, en la técnica se parte de ese fin que está en el futuro y se van formulando los antecedentes causales que conducen hasta el "aquí y ahora". Hecho esto, ya estamos en condiciones

de ponernos en acción para llegar a la finalidad de la propuesta. Por ejemplo: si creo que para actuar éticamente debo eliminar toda tiranía, y por ello me propongo como fin matar al tirano, una vez que tengo en claro la finalidad tengo que elegir la conducta adecuada que me lleve a ella; puedo invitar al tirano al Senado y allí apuñalarlo con mis amigos, o puedo invitarlo a comer y envenenarlo, o puedo colocar una bomba en una reunión de gabinete. Todos éstos son medios técnicos que conducen a la finalidad propuesta.

12.3.2. Sentido temporal de la conceptualización ética y técnica de la conducta

La técnica y la ética son ambas conceptuaciones de la conducta, y en ambas la libertad está supuesta. La diferencia entre ellas estriba en que mientras la ética concibe a la conducta en el mismo sentido del tiempo —desde el presente adelanta un fin en futuro—, la técnica lo hace al revés, dado un futuro anticipado retrocede desde él hasta el presente para iluminar el tramo de conducta que conduce al fin propuesto.

El fin enfocado hacia atrás está tomado con relación al hacer mismo, o sea en relación con su propia realización (empleamos la palabra realización en el sentido riguroso de que algo entra en la realidad o se hace real). En cambio, *el fin considerado hacia adelante, está tomado en su relación, con su propia posición y con la posición del próximo y subsiguiente fin.* El primer punto de vista nos dice *cómo* se ejecuta un fin, mientras que el segundo nos dice *para qué* se ejecuta un fin. Y fácilmente se advierte ahora que lo uno es el dominio de la *técnica y lo otro dominio de la ética.*

Lo que decimos para el momento del fin vale para todo momento de conducta que sometamos a atención. La libertad proyecta siempre y se adelanta en el futuro a su puramente fáctico presente, y como este presente está henchido de futuro (adelantándose así a su pura facticidad) resulta de aquí que, considerada la conducta en este sentido que le es connatural, es decir *hacia adelante* en el tiempo, el dato fundamental es siempre el mismo: la *pro-yección*, es decir, el activo adelantarse que, explicitado, resulta ser la *proposición de fines* en la empresa misma de realizarlos. Pero también es posible en cualquier instante del transcurrir de la conducta, y dado cualquier fin —ya sea real, ya sólo imaginativamente a la misma—, considerarlo en sentido inverso al del tiempo, o sea *hacia atrás*. Esta *retroyección* de la conducta sobre su propio hacer, sobre su propio camino, ilumina, a partir del fin aceptado, el camino que ha conducido o que puede conducir a él y los medios adecuados para lograrlo [6].

[6] Dichos *medios* para un fin actúan, en un plano natural, como *causas* de un efecto,

Veamos otro ejemplo, contraponiendo esta vez la normación técnica con la jurídica. Supongamos que tomo en alquiler una casa con la finalidad de vivir en ella. Normando éticamente (jurídicamente) esta conducta tenemos una norma que, simplificada, dice: dado el hecho antecedente del contrato de locación celebrado, debe ser la entrega de la casa, desocupada, por su propietario, así como el pago del alquiler por el inquilino. Normando técnicamente la misma conducta, tenemos que dado el hecho antecedente de ir a vivir en una casa ajena, debe ser la celebración de un contrato de locación. En lo que se muestra que, en el plano técnico, el contrato de locación es un medio idóneo, eficaz, para que yo pueda ir a vivir en dicha casa.

12.3.3. Técnica y practognosis

Cabe recordar que antes de cualquier técnica propiamente dicha, de cualquier conceptuación de la conducta existe, en un plano más elemental, una pura practognosis. Esta practognosis, que todavía es acción, generalmente integra en un complejo superior una técnica propiamente dicha. Si vamos desmenuzando un tramo de conducta en busca de una acción elemental llegamos a una practognosis que es la unidad más pequeña de la acción. Por ejemplo, si mi acción es escribir una página de filosofía, y analizamos este tramo de conducta que es escribir sobre filosofía, encontramos que se compone de mi sentarme frente a la máquina de escribir, poner la hoja de papel, escribir ciertas palabras, etcétera. Ahora, si tomamos el tramo de conducta que es escribir solamente la palabra "filosofía", y que es, a su vez, parte integrante del tramo más amplio que ya mencionamos tenemos que se compone de mi teclear la letra "f", la letra "i", la "l", etcétera. Si queremos describir ahora mi escribir solamente la letra "f", encontramos un golpear la tecla adecuada, un movimiento de la mano, etcétera. Esos movimientos que hago en forma automática constituyen ya una practognosis, y si queremos descender más ya no podemos hacerlo. Por debajo de una practognosis elemental ya no hay libertad ni acción.

y el fin es el efecto resultante de su acción. Como ya lo hemos dicho más arriba, *todo medio para un fin es causa de un efecto*. De aquí surgen, con necesidad esencial, leyes que unen indisolublemente, a cada *ciencia teórica*, ocupada con el conocimiento de las leyes causales naturales, una *ciencia práctica, arte o técnica que*, con conocimiento de las leyes causales, indica normativamente, merced a dicho conocimiento, los medios técnicos que deben excogitarse para obtener determinados fines.

12.3.4. Las normas técnicas y las normas éticas en Kant. La estructura de la acción

El tema de la distinción entre la Ética y la Técnica fue tangencialmente tocado por Kant en forma sólo parcialmente acertada, aunque esclarecedora.

Kant no trata al tema en relación a la acción misma, sino en relación al objeto de la conciencia ética. Esta última constituye, según Kant —quien sigue aquí en parte a Aristóteles— una verdadera razón práctica. El objeto de la misma no es el ente sino el obrar voluntario, y éste se presenta a dicha conciencia como un imperativo: haz esto, debes hacer esto otro, etcétera.

Pero estos imperativos (normas, diríamos nosotros) pueden, según Kant, ser de dos clases: 1) imperativos hipotéticos que dicen "si quieres tal cosa, debes hacer tal otra", por ejemplo: "si quieres agradar a tus amigos, aséate". Estas normas no constituyen el contenido de la ética. Esta última consiste en: 2) imperativos categóricos (o incondicionados), por ejemplo: "honrarás a tus padres", etcétera.

Lo que Kant caracteriza como imperativos hipotéticos pueden caracterizarse mejor como "imperativos hipotéticos en los que la condición es la afirmación de una decisión de la voluntad" (cfr. Von Wright). Estos imperativos o normas en los cuales se supone siempre una decisión de la voluntad constituyen las normas técnicas.

En cuanto a las normas éticas, Kant se engañaba al considerarlas imperativos categóricos. Solamente a una reflexión superficial de la conciencia ética la acción puede presentarse como un imperativo categórico, y ello por la sencilla razón de que la libertad se encuentra siempre en situación y esa situación es asumida como dato previo para la nueva proyección de la libertad (acción). Si la conciencia ética es la toma de conciencia al nivel de la razón (práctica) sobre la acción misma, esta última no puede aparecer desgajada de toda situación sino adecuadamente circunstanciada o situacionada. La traducción a nivel de la expresión de una toma de conciencia como la descripta nos dará siempre un imperativo hipotético en el cual la condición será (no ya la decisión de la voluntad como en el caso de la norma técnica), sino la descripción de la situación en que se encuentra la libertad normada.

El carácter condicional o hipotético de todo "imperativo" o norma ética general —sea jurídica o moral— se pone de manifiesto si advertimos que aun aquellas normas que tomó como ejemplo a la vista Kant, que se presentan a primera vista como categóricas o incondicionadas, lo son porque se asume un curso habitual de los acontecimientos al que no se da expresión, pero que queda de todas maneras asumido: No matarás (siempre que no sea en defensa propia o de los tuyos, o de la Patria en caso de guerra, o ejecutando una pena capital, etc.). No cometerás incesto yaciendo con tu hija (siempre que no seas, como Lot, el último hombre de la Tierra y tu hija la última mujer).

Resulta de interés advertir que esa distinción de las normas técnicas y las éticas obtenidas corrigiendo una esclarecedora idea de Kant, confirma puntualmente la distinción entre Técnica y Ética que hemos explicado en el punto precedente, efectuada entre nosotros por Cossio, que ya recogían Aftalión y García Olano en la cuarta edición —año 1939— de su libro *Introducción al Derecho*.

Sin embargo, la glosa de Kant pasando por la toma de conciencia ética respecto de la acción misma nos da una pista de interés respecto del paso del plano de la acción misma (que nunca es pura o bruta acción, sino que se integra de algún modo con la conciencia de sí misma —conciencia ética—) al pensamiento sobre la acción o norma (que tampoco es puro pensamiento, sino que es tan sólo esa "toma de conciencia" o ascensión al plano de la conciencia explícita —*cogito reflexivo*— de lo que ya está en el plano de la conciencia implícita —*cogito prerreflexivo*—) y la pista que nos da Kant, sin perjuicio de desarrollos ulteriores es, *grosso modo*, la siguiente:

En la estructura de la acción:

1) El pasado está ya dado —hasta el presente— en el plano óntico mismo en que la libertad ya no se ejerce, sino que ha venido a quedar absorbida por el en-sí que ella también es (Sartre).

En la realidad del presente como *cogito prerreflexivo* hay un saber implícito de ese pasado hasta el presente, es decir, de la situación. Hay una asunción de la misma y de la circunstancia [7].

2) En la proyección del propio futuro puede no hacerse cuestión de conciencia —como, p. ej., en la pura practognosis— o hacerse cuestión de conciencia. Si en la anticipación de futuro se hace cuestión de conciencia, la deliberación trata de representarse lo mejor posible la situación en la que la vida ya se encuentra y la circunstancia para decidir así la acción que alterará el mundo.

En el acto voluntario así deliberado la razón interviene en el proceso de alteración del mundo dado. La decisión que lo altera no es el fruto más o menos espontáneo de los impulsos y apetitos, sino también de la razón

[7] Cfr. GOTTHEIL, Julio - VILANOVA, José, "Los enfoques pragmático y fenomenológico del Derecho", *L.L.*, 92-700.

que se representa el conjunto de las circunstancias y la proyección ulterior de la acción misma en un mundo también en alguna medida representado.

De lo dicho se desprende que la acción arranca siempre de una situación ya dada y que la razón (teórico) práctica, en su intento siempre inacabado de someter la acción a su dictado o gobierno —o, al menos, a su juicio de reproche—, debe apresentarse (mejor que representarse) lo más exactamente posible dicha situación.

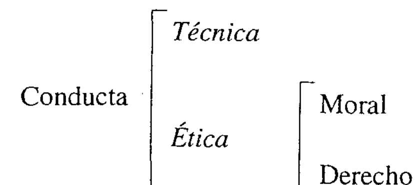
Si llamásemos a este dictado de la razón y/o "juicio" de reproche *norma*, el "hacerse cargo de la situación" sería, por lo tanto, una parte necesaria de toda norma. Pero este "hacerse cargo" no es básicamente una cuestión de palabras, sino que éstas pueden funcionar eventualmente como instrumentos de lo que es fundamental: tener la situación misma "a la vista" (incluso en la dinámica de las posibilidades encerradas en la misma, posibilidades avanzadas preferentemente por la mera imaginación antes que por las palabras que pueden también ayudar). Para su comunicación posterior o como ayuda memoria para uno mismo, puede intentarse fijar de algún modo en palabras ese "tener a la vista" la situación, por ejemplo, como antecedente en una ley u otra expresión normativa, antecedente al cual se imputa alguna consecuencia deóntica. No importa cuál sea el acierto de la expresión que así se logre. Ella deberá ser siempre revivida o "interpretada" en un intento de reconstrucción de la "toma de conciencia" sobre la acción (incluyendo a la situación que le sirve de punto de partida).

12.4. Moral y Derecho

12.4.1. Cuadro general

Hemos señalado en el punto anterior que existen dos categorías últimas de la actividad humana: la *técnica* y la *ética*. Esta última abarca, a su vez, dos especies: la *moral* y el *Derecho* [8]. Sintetizando lo expresado en forma de cuadro sinóptico, tendríamos el siguiente:

[8] En el empleo de estas palabras nos atenemos al uso común o, por lo menos, frecuente, que atribuye a la palabra *moral* un sentido más restringido que *ética*, a pesar de que, según sus respectivas raíces etimológicas (la voz latina *mos* y la griega *ethos*, que aluden ambas a la costumbre, a la valoración comunitaria), los dos términos debieran ser equivalentes. Para la terminología que adoptamos, el género ética (filosofía práctica o disciplina normativa del obrar en general) comprende dos especies: *moral* (ética *subjetiva*) y *Derecho* (ética *intersubjetiva*).



Las disciplinas normativas que denominamos usualmente moral y Derecho se refieren, pues, como surge de todo lo que venimos diciendo desde el comienzo del capítulo, a la *actividad humana*, a las *acciones de los hombres*, a su *obrar, conducta* o *comportamiento*. Sólo aplicándolos a un comportamiento humano podemos pensar los predicados de *moral* e *inmoral*, de *justo* o *injusto*. Los hechos de la naturaleza, los puros fenómenos naturales, rechazan dichos atributos, los que no tienen sentido respecto de dichos fenómenos.

Definido el campo genérico de la ética en el número anterior, corresponde proseguir ahora esta indagación ontológica sobre el objeto Derecho (a) deslindando, dentro del ámbito de la ética, la moral del Derecho, tarea que ha de ser completada con (b), una reseña histórica sobre las principales etapas del pensamiento hasta llegar a ella.

12.4.2. Distinción entre Derecho y Moral (Del Vecchio)

El punto de partida para el análisis de la experiencia jurídica es, naturalmente, la efectuada verificación de que el Derecho, como objeto de experiencia, consiste en conducta humana. Ahora es indispensable puntualizar que la conducta humana, los actos de los hombres, en tanto que constituyen el campo de la ética, son susceptibles de dos enfoques diferentes: el moral y el jurídico. Según sea el prisma a través del cual miremos la conducta, veremos moral o veremos Derecho. ¿Cuál es el criterio para distinguir a estas dos especies de la ética?

A este respecto Giorgio Del Vecchio, el ilustre profesor de Roma, ha suministrado, hace ya más de medio siglo, una definición que aún permanece en pie: *el Derecho reside en la interferencia intersubjetiva de la conducta* [9].

[9] Puede verse Del Vecchio, G., *Filosofía...*, cit., T. I, págs. 2, 396, 403 y 412. La circunstancia de indagar el *concepto* del Derecho llevó a Del Vecchio a calificar su investigación como *investigación lógica*. Alguna razón le asistía, si se tiene en cuenta su punto de partida crítico trascendental neokantiano que perseguía la *forma lógica, a priori*, de toda experiencia jurídica. Pero como también nos dice que el Derecho es obrar humano —conducta—, en realidad abre una ruta hacia una investigación *ontológica* que nos des-

¿Qué quiere decir esta expresión, a la que ya hemos recurrido en varias oportunidades? Ha llegado el momento de explicarla debidamente.

Aquello de que el Derecho sea conducta no requiere por ahora nuevas explanaciones, ya que en este aspecto, pertrechados con las investigaciones de Husserl y otros fenomenólogos, y especialmente de Cossio, hemos desarrollado *supra*, en 12.1. y 12.2. lo que en Del Vecchio sólo fue un anticipo genial. Pero lo de la interferencia intersubjetiva requiere un análisis más detenido, aunque es del caso anotar que en lo sustancial sigue siendo válido todo lo que dijo al respecto el jurista italiano. Procuremos, pues, dar cuenta de su pensamiento, remozándolo, en lo posible, con una terminología más ajustada y con una conveniente ejemplificación.

El punto de partida para Del Vecchio lo constituye el hecho de que todas y cada una de las acciones humanas son susceptibles de ser consideradas en su relación (o parangón, o *interferencia*) con otras acciones humanas, ya sea que se piense en otras que el mismo sujeto puede realizar en vez de la que hace (correlación entre el *hacer* y el *omitir* del agente), ya sea que se la contraponga con las acciones de otros sujetos (correlación entre el *hacer* del sujeto y el *impedir* por parte de otros). Estos dos supuestos merecen ser desarrollados. Para ello nos valdremos, como medida previa, de algunos ejemplos.

Piénsese en un caso de homicidio eutanásico, cometido por alguien en la persona de un pariente muy querido, enfermo incurable, postrado por insufribles dolores. Esta misma acción puede ser enfocada tanto desde el punto de vista de la moral como desde el jurídico, ya que Derecho y moral son categorías universales de la conducta, que abarcan la totalidad del obrar humano. Frente a la acción relatada, el enfoque de la moral es el siguiente: ¿no debió el homicida, en vez de hacer lo que hizo, abstenerse y esperar el desenlace natural de la enfermedad? ¿No debió, en todo caso, antes de proceder, agotar los recursos de la medicina para prolongar lo más posible la vida del paciente confortándolo, a la vez, con su auxilio espiritual? En cambio, los problemas que plantea la misma acción desde el punto de vista jurídico son de otro tipo. El jurista, en cuanto tal, se preguntará, por ejemplo: ¿debieron las personas que conocían el proyecto del homicida impedirle su realización, o denunciarlo después de consumado? ¿Deben los órganos del Estado perseguir, enjuiciar y penar al agente?

criba cómo es y en qué consiste esta conducta. Del Vecchio hablaba de una investigación "lógica" porque atendía preferentemente a *la interferencia* intersubjetiva (de las acciones). Nosotros, en cambio, cargamos el acento en *las acciones mismas*, esto es, en la *conducta* (en interferencia intersubjetiva) poniendo con ello de relieve el carácter *ontológico* de la indagación, al señalar su objeto real.

Otro ejemplo. Requerida nuestra caridad por un pobre, le damos unos pesos. La moral se pregunta: ¿lo hicimos por auténtica compasión o por vanidad? El Derecho en cambio, verá cuestiones como las siguientes: ¿en caso de ser menor de edad el donante, puede impedirle su tutor que efectúe la entrega? En caso de estar consumada, ¿cabe exigir del beneficiario la devolución de lo que ha recibido? A la luz de estos ejemplos, se hace más fácilmente asequible el criterio postulado por Del Vecchio para distinguir la moral del Derecho.

1) Todo sujeto, en un momento dado de su existencia, es libre de preferir, entre varias acciones físicamente posibles, una determinada. De todas estas acciones posibles cabe afirmar que concurren (*o se interfieren*) en el campo subjetivo de la conciencia del sujeto, hasta que éste prefiere (acto valorativo) una de ellas y la realiza, excluyendo así a las demás posibilidades. La antítesis o interferencia entre lo que se debe hacer y aquello que no se debe hacer (o en otros términos, que se debe omitir) se da en el *fuero interno* del sujeto. Por eso, la moral es una manera *subjetiva* y *unilateral* de conceptuar, valorar y comprender la conducta.

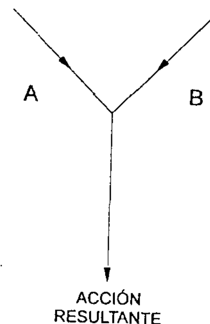
2) Hasta aquí, hemos contrapuesto a una cierta acción o *hacer* del sujeto, la *omisión* de otras acciones que pudo hacer el *mismo sujeto*. Pero existe también otra manera, otra posibilidad de enfocar éticamente la misma acción: contrastándola, no ya con otras acciones posibles para el sujeto, sino con las acciones que pueden hacer *otros sujetos*. En esta forma, el *hacer* de alguien es encarado en su relación (o interferencia) con el *impedir* por parte de otros. Por eso, se dice que el Derecho es un modo *intersubjetivo* (*o bilateral*) de conceptuar, valorar y comprender la conducta. Cuando se afirma que alguien *puede*, jurídicamente, hacer algo (posibilidad, derechos), no se alude a la posibilidad física de la acción, sino que se quiere decir que los demás no deben impedírselo (imposibilidad, deberes). En el ámbito del Derecho, los *derechos de uno* no se conciben si no es en correspondencia con los *deberes de otro* [10].

En síntesis, Del Vecchio señaló que en la conducta se puede ver una interferencia subjetiva del obrar y una interferencia intersubjetiva. Cuando habla de interferencia subjetiva del obrar se refiere a la interferencia que se plantea entre diversas acciones que se presentan a la conducta, de estas acciones sólo se podrá elegir una y se rechazarán todas aquellas que

[10] La circunstancia de que el Derecho atienda a una consideración *intersubjetiva* de la conducta no quiere decir que se desentienda del aspecto subjetivo del obrar (intención, culpa, dolo, etc.).

resulten incompatibles con la elegida. Esto es lo que hemos estado viendo con el problema de la libertad. La moral es así la interferencia subjetiva del obrar, es decir, tomando el sujeto y sus posibilidades hay interferencia entre la acción elegida y las demás que se omiten. Lo omitido y lo elegido están en interferencia subjetiva.

El Derecho no se ocupa de esta interferencia subjetiva, sino que se ocupa de la interferencia intersubjetiva, es decir, que para hablar de Derecho tenemos que suponer siempre otro sujeto. Tomemos, para representar gráficamente esta idea dos sujetos, el "a" y el "b"; las posibles acciones de ambos se proyectan sobre un campo común. Como el campo de acción de ambos sujetos es el mismo, sólo un curso de acontecimientos es posible, entonces lo que va a ocupar al Derecho es la interferencia de las acciones de "a" y "b". Entre ambos van a hacer una sola acción resultante. Al hacer de un sujeto se opone el impedir o no impedir del otro, y al hacer de este último se opone el impedir o no impedir del primero. Ambos resultan ser coautores de una misma acción. Esto que decimos, que son "coautores", no debe interpretarse en el sentido de "cómplices", sólo quiere decir que todo hacer está opuesto a un impedir y que ambos —hacer e impedir— conforman una sola acción. Todas nuestras acciones pueden ser consideradas de esta manera, por ejemplo, mi dar la clase se complementa con el recibirla de ustedes. Este hacer mío se conjuga con el no impedir de ustedes, porque si me lo impidieran yo no podría llevar a cabo mi acción.



El Derecho va a ser en definitiva esa conducta compartida, en interferencia intersubjetiva.

Cabe agregar que para el Derecho no hay conductas irrelevantes, serán lícitas o ilícitas, permitidas o prohibidas, pero cualquier conducta siempre tiene relevancia jurídica. Y esto es natural, puesto que si nuestro existir es siempre un "coexistir", este coexistir nos lleva a la interferencia intersubjetiva tan pronto alguien puede impedir nuestra conducta.

12.4.3. Antecedentes históricos y revista doctrinaria

Aunque con la indagación de Del Vecchio queda perfectamente elucidado el deslinde entre la moral y el Derecho, conviene, sin embargo, efectuar una ligera revista retrospectiva a la historia de las doctrinas sobre dicho punto, hasta nuestros días.

a) Los pueblos primitivos

Los pueblos primitivos, a causa de la ingenuidad de su intelecto, no alcanzaron a distinguir teóricamente la moral y el Derecho, máxime dado que ambos se fundaban en una misma base religiosa. En la vida social primitiva existía una costumbre indiferenciada, que presentaba vertientes religiosas, jurídicas y morales. Este conjunto de reglas de conducta, ese conglomerado de normas consuetudinarias con marcada tonalidad religiosa, rodeaba con indiscutible autoridad toda la vida del individuo; aparecen así hermanados moral, Derecho y religión. Esta situación se refleja aun en las primeras codificaciones, como el Código de Hammurabi o la ley mosaica.

b) Grecia

Tampoco encontramos en los pensadores griegos una distinción precisa entre el Derecho y la moral. Platón, por ejemplo, consideró a la justicia —que es un valor específicamente "jurídico", "social"— en un plano "moral", pues la concibió como una *virtud*, como la más alta de todas las virtudes, a la que estaba encomendado equilibrar a las demás (templanza, fortaleza, sabiduría). Aristóteles, por su parte, si bien percibió el carácter bilateral o social de la justicia, sostuvo también que ésta era, en su sentido amplio, el principio de toda virtud, en cuanto establecía el justo medio de cada una de ellas. Es que para los pensadores helénicos el Estado —expresión máxima del Derecho— tenía un fin ilimitado, omnicomprensivo: abarca el bien y la felicidad humanos. La absorbente *polis* griega tutelaba la conducta de las personas en todas sus manifestaciones, públicas y privadas. Su función era no tanto jurídica como educativa; el Estado-ciudad debía educar al ciudadano en la virtud. Las leyes se entendían como consejos para el recto vivir, para lograr una existencia dichosa, para alcanzar la felicidad.

c) Roma

En Roma, si bien la ciencia del Derecho se desarrolló con contornos propios, el espíritu esencialmente práctico de sus jurisconsultos hizo que no se preocuparan mayormente por establecer una delimitación filosófi-

ca entre el Derecho y la moral. Más aún, llegaron a identificarlos. Así lo demuestra la definición que del Derecho da Ulpiano citando a Celso: *Es el arte de lo bueno y de lo equitativo* (*nam ut eleganter Celsus definit, ius es ars boni et aequi*) [11]. El primer término de esta definición (*ars boni*) se refiere evidentemente a la moral: el segundo (*ars aequi*) al Derecho. La confusión subsiste en Ulpiano cuando formula así los tres grandes preceptos del Derecho: vivir honestamente, no hacer mal al prójimo y dar a cada uno lo suyo (*iuris praecepta sun haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) [12]. "Vivir honestamente" es, evidentemente, una norma o precepto de carácter puramente moral, cuya infracción es sancionada por la conciencia y no por la ley. No obstante, esta confusión no excedió los límites de la pura teoría. En la práctica, los jurisconsultos distinguieron cuidadosamente el dominio del Derecho del de la moral; y en alguna oportunidad, por boca de Paulo, parecieron entrever la delimitación doctrinaria: "No todo lo lícito es honesto" (*nom omne quod licet honestum est*) [13].

d) Cristianismo

Con el cristianismo se renuevan los puntos de vista sobre la moral y lo jurídico. Una fórmula del Evangelio sintetiza la ideología de la época sobre estos temas: *Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios* [14]. Lo moral pertenecía a Dios, lo jurídico al Estado; y como éste no procedía de acuerdo a la moral divina, el Derecho resultaba extraño a ella; venía a ser creación del príncipe o de las potestades seculares, que eran paganas en el Imperio. La moral y el Derecho tenían cada uno su propia esfera de acción y vivían más o menos separadamente.

e) La Edad Media y la Iglesia

En la Edad Media se organizó la Iglesia con una estructura institucional política y jurídica. El Papa se vinculó con los monarcas de la Tierra; los soberanos le pedían ayuda para coronarse y él a aquéllos para defender su poder temporal. La célebre cuestión de las investiduras, entre Gregorio VII y Enrique IV de Alemania, marcó el momento culminante de la potestad política del Papado. La Iglesia administró justicia en sus feudos, como los demás soberanos. Además, en los Estados cristianos correspondía a aquélla intervenir en tres hechos fundamentales de la vida civil: el nacimiento, el matrimonio y la muerte. El derecho canónico extendió notablemente sus dominios. No es extraño, pues, que ni en la patrística ni en la escolástica hallemos la diferencia teórica entre el Derecho y la moral. En vez de la separación de esferas implícita en la precitada fórmula del Evangelio, *se tiende a una suerte de absorción, o subordinación, del Derecho por la moral*, a una "moralización" del Derecho. De tal modo se insiste en el *tomismo* (y todavía actualmente en el *neotomismo*) en la sustancia moral del Derecho; se *admite, sin embargo, que mientras la moral atiende al bien individual, el Derecho atiende al bien común*, pero sin asignar a esta diferencia un alcance ontológico ya que, siendo el hombre por esencia sociable, se sostiene que, por su contenido intrínseco, ambas disciplinas se superponen parcialmente.

[11] *Digesto*, I, 1, 1, 1, I, pr. de *iust. et iure*.

[12] *Digesto*, I, 1, 1, 10, § de *iust. et iure*; *Instituta*, I, 1, § 3 de *iustit*.

[13] *Digesto*, L. 17, 1, 44, pr. de *reg. iure*.

[14] Mateo, XXII, 21; Lucas, XX, 25. Puede entenderse, sin embargo, que la conocida frase evangélica hace referencia, más bien, al deslinde entre la religión y la política. Con todo, el tema ocasional (pago de impuestos) era típicamente jurídico, y no cabe olvidar las relaciones indisolubles entre política y Derecho, por un lado, y religión y moral, por el otro.

12.4.4. Tomasio. Kant

Cristian Tomasio (1655-1728) fue el primero que enfocó con intención sistemática el problema de la distinción entre Derecho y moral. En su obra, *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium*, sostiene que la moral tiene por principio lo *honestum* y el Derecho lo *iustum*; la moral se refiere sólo a lo interno (*forum internum*) y el derecho versa exclusivamente sobre lo externo (*forum externum*), no ocupándose del pensamiento. El Estado, órgano del Derecho, no puede pues internarse en el ámbito de la conciencia para imponerle determinadas creencias, ya que el fuero interno, el mundo de las intenciones y los deseos, le es totalmente ajeno. De ello deduce que la moral no es coercible mientras que el Derecho lo es, que la moral tiene un fin de perfeccionamiento íntimo y el Derecho un simple fin de coexistencia social. Los deberes jurídicos se llaman perfectos porque son *coercibles*, los morales imperfectos porque no lo son. El precepto fundamental de la moral es: Hazte a ti mismo aquello que querrías que los demás se hiciesen a sí mismos (*quod vis, ut alii sibi faciant, tute tibi facies*); el del Derecho es: No hagas a los demás aquello que no querrías que te fuese hecho (*quod tibi non vis fieri, alteri ne faceris*) máxima expresada ya por el Evangelio y por Confucio.

Siguiendo las huellas de Tomasio, el filósofo de Könisberg distinguió la moral del Derecho fundándose en la diferencia entre los *motivos del obrar* (que llama *acciones internas*) y el *aspecto físico* del mismo (que denomina *acciones externas*). La moral se refiere a esos motivos, esto es, al fuero interno; el Derecho se refiere sólo al aspecto externo de los actos, esto es, a la conformidad de la acción con la ley: prescinde de los motivos

que determinan el acto o la abstención. Para la primera formula el siguiente principio: *Procede siempre de tal modo que la máxima (regla) de tu acción pueda valer en todo tiempo como principio de una legislación universal*; y para el segundo: *procede exteriormente de tal modo que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad.*

12.4.5. Discusión crítica sobre las doctrinas de Kant y Tomasio

Las doctrinas de Tomasio y de Kant representan una reacción contra la omnipotencia que el Estado había alcanzado durante los siglos XVII y XVIII. Su intención era combatir el absolutismo de las monarquías de derecho divino, que pretendían gobernar hasta el mismo templo de la conciencia individual. La vida del propio Tomasio es un poderoso argumento en favor de esta tesis; su ardorosa defensa de la libertad del pensamiento científico le trajo persecuciones y enemistades, debiendo abandonar su ciudad natal (Leipzig) y refugiarse en Halle. Para poner una valla a las intromisiones del poder y defender la libertad de pensamiento y de conciencia, Kant y Tomasio dividen idealmente dos porciones: el *fuero interno* y las *acciones internas* y el *fuero externo* o las *acciones externas*. El primero corresponde a la moral, el segundo es el campo del Derecho. El Estado, órgano del Derecho, no puede imponer a los espíritus convicciones determinadas: el reino de los motivos del obrar, de las intenciones, de los deseos y de los ideales debe ser coto cerrado para el legislador [15].

La distinción de Tomasio y Kant, si bien significó una importante contribución en la historia del pensamiento filosófico jurídico [16], adolece, tal como está formulada, de fallas notables. En primer lugar, *la moral no se limita únicamente a la consideración del aspecto "interno" de la conducta*; por el contrario, lo decisivo suele ser el "aspecto externo". Radbruch lo dice elegantemente: "Parejamente a como no cuentan para el mérito los 'deseos piadosos' nunca realizados, y los 'buenos propósitos' con que está empedrado el camino del infierno, no debe, consecuentemente, encontrarse culpa (moral) en el deseo perverso, la tentación y la tentativa. La vida pasiva de los impulsos es, por sí misma, irrelevante; moralmente relevante lo es sólo la voluntad activa que a ellos se enfrenta. La voluntad se distingue del impulso, cabalmente por su actividad: tan sólo por la acción testimonia su existencia; por eso debe buscarse con razón el círculo de aplicación de la moral en las acciones humanas" [17].

En segundo lugar, *el Derecho no se limita tampoco únicamente a la consideración del aspecto externo de la conducta*; por el contrario, fre-

15 Como observa sagazmente Legaz y Lacambra (*Introducción...*, cit., pág. 216) en el intento ideológico de defender la libertad de pensamiento o de *opinión* de Tomasio-Kant se desliza sutilmente un sofisma ya que, en rigor, el problema político-jurídico se puede plantear sólo con la *manifestación externa* del pensamiento y no con el puro pensamiento interior. Dice este autor: "Decir que el acto de conciencia —p. ej., la opinión religiosa— escapa a la coacción jurídica porque y en tanto que no se manifiesta, *no es decir nada*, pues *sólo se expresa una imposibilidad física o material*; y cabalmente la cuestión se presenta en el momento en que esa opinión se exterioriza... pero una vez exteriorizada, cae automáticamente bajo la posible regulación del Derecho" (la bastardilla es nuestra).

No compartimos, sin embargo, el juicio de Legaz de que sea equivalente a decir nada. Por el contrario, esa "imposibilidad física", inoperante como postulado axiológico, señala, en su misma obviedad, un *límite ontológico* infranqueable para la declaración de ilicitud que pretendía imponer, en general, el legislador.

16 En conexión con lo que decimos en la nota anterior y lo que se verá más adelante todavía, obsérvese que la distinción de Tomasio y Kant, aunque inexacta, está bien dirigida y, en cierto sentido, apunta a lo mismo que la correcta distinción de Del Vecchio —que analizamos más arriba— a tenor de lo siguiente: *es* sobre el aspecto físico, externo u objetivo de la acción sobre el que se implanta la consideración *intersubjetiva* en que al hacer de uno se opone el *impedir* de los demás. Obsérvese cómo, todavía, Tomasio acierta al señalar la *coercibilidad* del Derecho —por oposición a la falta de coerción en la moral— y cómo el principio o máxima kantiana sobre el Derecho alude claramente a la interferencia de conducta con los demás, cuando impone conducirse de tal modo "que el libre uso de su arbitrio pueda coexistir con el arbitrio de los demás...".

17 RADBRUCH, Gustav, *Filosofía...*, cit., págs. 53-54. Sin embargo, en favor de Tomasio y Kant, y a tenor de lo que venimos diciendo desde la nota 15, advirtamos que para que exista voluntad, acción y decisión libre desde el punto de vista de la moral (o sea de la interferencia subjetiva de acciones) no es indispensable o decisivo el tramo físico o externo. Analicemos el siguiente ejemplo: un sujeto se encuentra sentado en su cuarto, pensando. Sobre este trozo de conducta se puede implantar tanto el juicio moral —que podrá ser de condenación si el individuo omite, p. ej., hacer un servicio a un amigo que se lo ha pedido— como el juicio jurídico —que declarará que su conducta es lícita y que no es, por lo tanto, impedible o ilícita, como lo sería, si, por ejemplo, se encuentra prófugo, etc.—. El juicio jurídico, implantado sobre el tramo externo de la acción —quedarse en la pieza— se detiene aquí, supuesto que ese tramo externo no configura una licitud, y lo que piense nuestro sujeto es jurídicamente indiferente. En verdad, resulta inconcebible que su decisión de pensar en esto, o aquello, no manifestada exteriormente, pueda considerarse en *interferencia intersubjetiva*, es decir, según la categoría de impedibilidad. Pero la moral, por el contrario, no puede detenerse allí: la falta de actividad exterior no es decisiva, desde el punto de vista moral. *Dentro* de su inactividad, todavía nuestro hombre puede estar simplemente ocioso, o puede estar entregado con placer a pensamientos libidinosos o, por el contrario, puede encontrarse en plena creación intelectual o artística, o en comunión mística o aun proyectando una obra de bien. Todas estas diversas direcciones posibles del pensamiento interesan a la moral.

Cierto es que los pensamientos que a veces nos "asaltan" son moralmente irrelevantes. Pero hay también una decisión, una libertad y una voluntad en el "entregarse" a uno u otro pensamiento, y sobre esta tan peculiar *acción* de la conciencia, aunque no dé pie para una consideración jurídica, evidentemente cabe la consideración moral, ya que el entregarse a ciertos pensamientos significa, por cierto, omitir otros.

cuentemente debe manejarse con elementos del fuero interno. El atender a la intención no es en modo alguno algo indiferente al Derecho: el *animus* tiene gran importancia en todas las ramas de la ciencia jurídica. En realidad, la consideración del momento psíquico o interno de las acciones ha existido siempre, aumentando en importancia con el progreso del Derecho. En los pueblos antiguos, los motivos determinantes de la conducta fueron atendidos de manera simplista, casi diríamos burda; a medida que el sentido jurídico va afinándose y desarrollándose, la referencia al elemento psíquico del obrar prevalece entre los juristas, que en sus análisis llegan hoy a verdaderas sutilezas [18].

Resulta, pues, que ni la moral atiende exclusivamente al aspecto interno de los actos, ni el Derecho al externo. La distinción permanece, no obstante, todavía útil, y puede mantenerse considerando, como Radbruch, que es una distinción en la *dirección de los intereses*: el aspecto externo de la conducta interesa a la moral como testimonio de la efectiva decisión íntima; el aspecto íntimo sólo emerge en el círculo del Derecho en cuanto de él exista una exteriorización que lo manifieste o permita inferirlo [19].

[18] En el campo del derecho penal se ha reconocido indispensable enfocar científicamente las intenciones. Ya los antiguos decían: *In maleficis voluntas expectanda, non exitus*. La figura técnica del *delito preterintencional* (p. ej., el que quiere propinar un simple golpe, y causa la muerte) se ha construido, precisamente, controlando el elemento interno y el externo del acto criminal. Lo mismo sucede con teorías como las referentes al *dolo eventual* y a la *culpa con previsión*. Y destacados penalistas contemporáneos fundan la pena sobre todo en la *peligrosidad* del delincuente, que el delito ha puesto de manifiesto. En suma, cabe reconocer que, frecuentemente, el aspecto físico del obrar sólo sirve de punto de partida y de elemento de juicio para penetrar el aspecto psíquico del mismo.

En el derecho civil, en materia de *contratos*, existe un principio fundamental según el cual la intención o voluntad de los contratantes prevalece sobre la letra de los pactos. Sobre la consideración del *animus* se funda también una conocida teoría sobre la posesión. El derecho administrativo no ha podido tampoco prescindir de la intención al estructurar la importante teoría de la *desviación de poder*. Y podrían multiplicarse los ejemplos.

[19] Dice en un sentido concordante Del Vecchio (*Filosofía...*, cit., T. I, pág. 211): "Si bien el Derecho observa una cierta laxitud en cuanto a las motivaciones, esto no significa que deje de considerar en absoluto el elemento psíquico. No sería posible una valoración jurídica de acto alguno sin desembocar en cierto modo en los motivos. Lo cierto es tan sólo que la moral parte de la consideración del motivo para llegar después al aspecto físico o externo, mientras que el Derecho sigue un procedimiento inverso; pero tanto en un caso como en otro, se trata de precedencia o preponderancia en la consideración, pero no de exclusividad". Esta preponderancia puede ilustrarse con el siguiente ejemplo: supongamos que un individuo integra un piquete de fusilamiento que va a ejecutar a quien *es* su odiado enemigo personal. Desde el momento en que el soldado cumple con su deber, poco interesa al Derecho que lo haga por obediencia o exclusivamente por motivo de su odio.

12.4.6. Crítica de la tesis que considera al Derecho como un mínimo de ética

La difundida tesis de que el Derecho es un *mínimo ético*, atribuida por algunos a Jellinek, y por otros también a Wundt, fue entre nosotros propugnada y difundida por Carlos Octavio Bunge. Dijo este autor: "La mayor amplitud ideológica de la moral la hace mucho más vasta y completa... Los hombres que ajustan su conducta y sus ideas a la moral, las ajustan con mayor razón al Derecho, pues quien hace lo más hace lo menos. En cambio, hay hombres que infringen a cada paso los preceptos morales y que, sin embargo, respetan y acatan los jurídicos. No faltan bribones hábiles, que quedan siempre al margen de los códigos, es decir, que no se hacen acreedores a las sanciones legales. La aplicación del Derecho comprende, pues, un campo mucho más reducido que el de la moral. La moral viene a ser como el medio ambiente ideológico dentro del cual se desenvuelve el Derecho" [20].

En síntesis, el Derecho sería, pues, un *mínimo de ética* (entendida esta palabra como sinónimo de moral). Esta tesis, que seduce *prima facie* por la elegancia de la expresión, no resiste sin embargo un análisis crítico riguroso.

Hemos visto, en efecto, que del análisis formulado por Del Vecchio surge que *moral y Derecho son formas categoriales "universales", en el sentido que comprenden "todas" las acciones*. La moral considera los actos humanos en *relación con otros que pudo realizar el mismo sujeto*; el Derecho pone en relación los de un *sujeto con los de otros*. En otros términos, una acción dada, en lugar de compararse con las demás acciones omitidas por el mismo sujeto (moral) puede ponerse en relación con las de otros sujetos en cuanto la impiden, o no impiden realizarla (Derecho). Pero *toda acción humana admite al mismo tiempo uno y otro enfoque, una y otra categorización* (moral y jurídica) con lo que queda descartada la "mayor amplitud" de la moral.

La confusión señalada no ha permitido a Bunge ver que la falta de sanción estatal para ciertos supuestos no significa que dichas acciones escapen al ámbito de lo jurídico: los actos no reprimidos por la ley son *jurídicamente lícitos* (p. ej., los actos de los "bribones hábiles" a que hace referencia Bunge), esto es, conformes al Derecho y no extraños a éste.

[20] BUNGE, Carlos O., *El Derecho*, 5ª ed., Buenos Aires, 1920, págs. 278-279.

CAPÍTULO 13

LAS NORMAS JURÍDICAS

CAPÍTULO 13

LAS NORMAS JURÍDICAS

13.1. PLANTEO GENERAL

La pregunta "¿qué es una norma?" no inquieta al jurista más o menos práctico. Para él las normas vigentes constituyen un valor entendido de su mundillo familiar, valor entendido que rara vez entra en crisis. Si esto ocurre y se emprende la investigación que dicha pregunta plantea es ya el iusfilósofo quien tratará de contestarla.

Los juristas, en cuanto abogados, escribanos, jueces, usan normas jurídicas sin preguntarse qué es lo que ellas son. Para resolver cualquier problema de Derecho se utilizan normas; ellas constituyen un supuesto con el cual trabaja la ciencia jurídica dogmática. Y, como ya hemos visto, es tarea de la filosofía del Derecho esclarecer los supuestos con los cuales trabaja la ciencia jurídica. Por ello el tema de la norma jurídica ocupa un capítulo especial dentro de la meditación iusfilosófica.

Este supuesto que es utilizado a diario hace crisis cuando preguntamos ¿qué es una norma jurídica? Y la respuesta sobre el consistir de la norma no la va a dar el jurista —él la usa sin preguntarse por ella—, sino que tiene que provenir de la filosofía del Derecho. Nuestro estudio sobre la norma va a arrancar de lo más elemental y básico que es la respuesta que al respecto da el sentido común. El sentido común dice que las normas son *imperativos*. Él encuentra ciertos imperativos en la sociedad y los toma como normas. Así, se considera que el decálogo de Moisés son normas que establecen que no hay que matar, que no hay que robar, etcétera. Estos imperativos del decálogo son "normas" para el sentido común. Al analizar el ser de las normas, en el punto siguiente, vamos a ver la insuficiencia de esta identificación entre imperativo y norma.

El primer planteo que hace entrar en crisis la respuesta del sentido común es el que hizo Binding. Él fue un penalista que señaló que los criminales no violan las normas, como se dice en expresión corriente, sino que, por el contrario, son los que las cumplen. Esto parece muy absurdo y pa-

radójico, pero es así. Binding dijo: abran el Código Penal, busquen cualquier norma y fíjense que no van a encontrar ninguna que diga "no matar" o "no robar". Lo que hay en el Código Penal son normas que dicen que el que matare a otro será penado con ocho a veinticinco años de prisión, o que el que robare recibirá tal o cual sanción. Y, como son los delincuentes los que matan y los que roban y, generalmente, reciben la pena establecida, resulta que son ellos los que en realidad cumplen con lo previsto en la norma.

Lo que señaló Binding no es más que una paradoja, pero apunta a un hecho llamativo sobre el que debemos reflexionar. La doctrina sobre la norma se desvió en algunos penalistas a raíz de lo que Binding mostró, llegándose a afirmar que las normas propiamente dichas no eran jurídicas, sino que eran suprajurídicas o extrajurídicas. Mayer decía que eran "culturales" y las ponía por encima del Derecho. Con ellas se pretendía superar la paradoja de que los delincuentes son los que cumplen la norma, puesto que si bien es cierto que ellos "cumplen" estas normas positivas que encontramos en el Código Penal, transgrederían las normas culturales que estarían por encima de la legislación positiva. En esta concepción, el Derecho vendría a sancionar el cumplimiento de esas normas que en sí mismas no serían jurídicas.

13.2. LA NORMA SEGÚN KELSEN [1]

13.2.1. Estructura

La teoría de Mayer, expuesta en el punto anterior, era completamente errónea, pero perfilando un poco la idea que le dio origen se encuentra que, con Kelsen, se llega a aclarar bastante este problema. Kelsen señala que las normas tienen un carácter hipotético, es decir que la aplicación de una sanción está siempre condicionada a que ocurra un hecho determinado que recibe el nombre de "transgresión". Se llama "transgresión" a aquellos hechos a cuyo acaecer se encuentra condicionada la aplicación de una sanción. Partiendo del carácter hipotético de la norma, Kelsen nos ofrece como estructura de toda norma jurídica la siguiente forma:

Si A es, entonces B debe ser

"A" resulta en ella el antecedente al cual está condicionada la aplicación de la sanción "B".

[1] Exponemos aquí, de intento, un Kelsen primitivo tal como expuso su pensamiento en la primera versión de *La Teoría Pura del Derecho*, que data de 1937. Nos parece preferible hacerlo así en este planteo general liminar por motivos didácticos. Para una exposición sistemática de Kelsen y cita completa de sus obras que aquí se mencionan ver Cap. 11. En este capítulo se citarán entre paréntesis y en forma abreviada, indicando el número de página.

En la forma kelseniana podemos ver dos cosas importantes: la primera es el uso de un verbo particular que es el "deber ser". El segundo aporte importante es que pone de relieve la condicionalidad de las normas: el "si..., entonces..." de la proposición *"Si* A *es, entonces* B *debe ser"*, condicionalidad que supedita la aplicación de la sanción "B" a que ocurra el hecho antecedente "A".

13.2.2. La doble purificación kelseniana

El mérito sin par de Hans Kelsen reside en haber mostrado que las proposiciones jurídicas no se acomodan a la lógica aristotélica del ser, una categoría apta para pensar la naturaleza pero no la acción. La lógica que requiere el Derecho no es causal sino normativa y utiliza en cambio el verbo *debe ser* (*si es A, debe ser B*). Mientras en el mundo de la naturaleza las *leyes naturales* enlazan una situación de hecho como causa con otra como efecto, en el mundo del Derecho, si bien las *leyes* o *normas jurídicas* también enlazan una condición jurídica con una consecuencia jurídica, no tiene sentido decir que la consecuencia está "causalmente" producida por la condición. En lenguaje o términos "jurídicos", lo único que cabe afirmar es que la consecuencia jurídica está *imputada* a la condición. Por ejemplo, la referencia de la prisión al homicidio no tiene sentido causal, sino normativo, *imputativo*.

No es de extrañar la nitidez con que Kelsen arriba a estas afirmaciones, si se tiene presente que empieza su obra inicial —*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911— con la distinción kantiana entre *ser y deber ser*, según la cual el deber ser expresa una especie de relación que en modo alguno es evidente en el reino de la naturaleza. En efecto, de lo que ocurre en el ámbito de ésta —sean terremotos, dilatación de cuerpos, o nacimientos— puede decirse que *es* o sucede, o que *ha sido*, o que *será*, si que sea correcto preguntar qué es lo que debiera ocurrir. En cambio, las normas jurídicas no enuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino algo que *debe ser*, sin perjuicio de que ese algo no suceda. Mientras la noción *ser* propia de los juicios de las ciencias de la naturaleza, significa que lo que se enuncia coincide con el sujeto del juicio, la noción *debe ser* significa que *lo que se enuncia no es idéntico al sujeto*, pues se trata de algo que debe ser. *Las normas son, así, los juicios de la lógica del deber ser.* Para diferenciarlos de los *juicios enunciativos* de la lógica del ser, corresponde llamarlos *juicios imputativos*, en los que la *imputación* se revela como una *inédita categoría del entendimiento*.

De este modo Kelsen realizó la primera parte de una "doble purificación": en primer lugar se diferencia el Derecho de las ciencias naturales, la sociología, etcétera. Para ello destaca la distinción entre el ámbito de

la causalidad, propio de aquellas ciencias, y el campo de la normatividad que es característico de la sociedad en general.

En segundo lugar se deslinda el Derecho de los otros órdenes normativos, que serían la moral y la religión. Y lo hace señalando que, mientras la norma moral no prevé sanción alguna para el posible transgresor, el Derecho sí lo hace. Así tenemos que las normas morales se limitan a prescribir que "se debe ser veraz", "se debe ser honesto", etcétera; en cambio el Derecho prescribe efectivas sanciones para aquellos que delincan o, en ciertas circunstancias, no digan la verdad. La distinción entre el ordenamiento jurídico y los "ordenamientos religiosos" la establece sobre la base de que las "sanciones" que éstos prevén se aplicarían en otro mundo u otra vida, mientras que el Derecho prevé sanciones que se aplican en este mundo concreto. La teología cristiana, por ejemplo, prevé que quien robe o mate o no cumpla los mandamientos, no va a alcanzar el paraíso y será castigado en los infiernos, en cambio el Derecho prevé para el homicida de ocho a veinticinco años de cárcel.

Así, pues, el aporte fundamental de la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen para el progreso de las ideas jurídicas consiste en haber señalado la insuficiencia de la lógica aristotélica —la lógica del ser— para pensar el Derecho y en haber demostrado que las normas jurídicas no son juicios enunciativos sino imputativos, que no se construyen con la noción *ser* sino con la noción *deber ser*, inédita para la lógica tradicional. Cabe destacar que la *pureza metódica* prescripta e impuesta por Kelsen al conocimiento jurídico (teoría "pura" del Derecho) es la consecuencia de una exigencia metodológica que Kelsen caracteriza como "pureza metódica", exigencia que el maestro de Viena plantea como condición necesaria de una correcta ciencia jurídica.

Esta "doble purificación" le permite: a) no confundir el conocimiento jurídico con conocimientos físicos, biológicos, psicológicos o sociológicos ya que éstos se expresan en juicio entitativos, que pertenecen al mundo del ser; b) pretender neutralidad científica, cosa que no se alcanza si no se distingue debidamente entre el *deber ser lógico* y el *deber ser axiológico*. Sin pureza metódica la ciencia jurídica es perturbada por la moral, la política, la religión, etcétera [2].

[2] La ciencia jurídica propiamente dicha se ocuparía, pues, del deber ser establecido, que forma el contenido propio de un orden jurídico dado (p. ej.: el derecho argentino, el francés, el internacional, etc.).

Pero la teoría pura del Derecho expuesta por Kelsen no se ocupa del *contenido* de esta o aquella norma u ordenamiento, sino que se limita a estudiar ese deber ser, vacío de todo contenido, es decir, *formalizado*, en sus estructuras necesarias.

13.2.3. Las normas no son órdenes

Las dos purificaciones estudiadas en el párrafo anterior sirven para precisar el concepto central de la jurisprudencia (ciencia del Derecho): la norma [3]. Según el autor máximo de la *escuela analítica*, Austin, las normas (emplea la expresión *leyes* o *reglas*) son órdenes o mandatos del soberano. Pero esta afirmación debe ser sometida al principio de la doble purificación, deliberada de impurezas psicológicas, sociológicas y/o iusnaturalistas y sólo entonces se obtendrá el concepto de *norma* propio de la teoría jurídica.

Una orden es la expresión de *voluntad* de un individuo dirigida a otro individuo, determinando la conducta de este último. No hay orden sin voluntad real, pero este elemento de real ser —que interesa a la psicología— es indiferente a la ciencia jurídica: las normas jurídicas no sustentan su validez en la existencia de ese fenómeno real de voluntad que constituye la orden y sin la cual esta última es impensable. Contra la equiparación de norma y orden se advierte, en efecto, que: 1°) hay normas vigentes que nunca han sido enunciadas en la forma que es esencial al mandato (v.gr., las normas consuetudinarias); 2°) la normas subsisten pese a que haya desaparecido la "voluntad" que les dio origen (así, p. ej., un testamento que entra a regir cuando el otorgante ha fallecido); 3°) es una ficción pensar que una ley es la "voluntad" del Parlamento, ya que el Parlamento carece de voluntad real psicológica y no puede, por consiguiente, dar órdenes; 4°) cabe, en fin, destacar que es esencial a la existencia de la voluntad psicológica real la representación de aquello que se quiere, y que esta representación puede faltar en absoluto en los órganos de los que emana la norma jurídica (muchos legisladores, v.gr., pueden no estar enterados del contenido del proyecto de ley pese a lo cual su voto concurre a formar la "voluntad" del cuerpo; las partes otorgantes de un contrato no están, frecuentemente, al tanto de las últimas consecuencias del acuerdo —que pueden escapar también a un profesional del Derecho—, no obstante lo cual ellas aparecen como consecuencias "queridas" como "la voluntad de las partes" al celebrar el acuerdo de voluntades) [4].

No hay, pues, en la norma jurídica, nada de voluntad en sentido propio que permita su asimilación a una orden. Si, no obstante, se insiste en concebir el Derecho como un mandato, entonces será forzoso aclarar que

[3] KELSEN, H., *La Teoría Pura...*, cit., pág. 220; *id.*, *Teoría General*, cit., pág. 51: "El concepto de regla jurídica en sus dos aspectos —la regla de Derecho como norma creada por una autoridad jurídica para regular la conducta humana, y como instrumento empleado por la ciencia jurídica para describir el derecho positivo— es el concepto central de la jurisprudencia" (en el sentido de ciencia del Derecho).

[4] En el punto 13.4.1. retomaremos este análisis crítico con mayor detenimiento.

se trata de un mandato *sui generis*, abstraído de todo fenómeno psicológico real; de una orden "despsicologizada". Al definir la norma como "voluntad" u orden del Estado o del soberano se comete, todavía, otra hipóstasis (transgresión de lo ideal hacia lo real), pues no sólo se atribuye existencia como voluntad psicológica a lo que no es más que abstracción (el deber contenido en la norma) sino que, tomando en préstamo conceptos a la política o a la sociología, se inventa también un sujeto hipostático de esa "voluntad"; el Estado o el soberano. Así como la "voluntad" del Derecho o de la ley no pasa de ser una analogía y no una auténtica voluntad, así tampoco este sujeto hipostático es un verdadero sujeto. El Estado no existe —ni es capaz de voluntad— de la misma forma que existe el sujeto individual. Como veremos aun, más adelante, el Estado no es otra cosa que una expresión para la unidad del ordenamiento jurídico y la teoría jurídica pura debe concebirlo así, sin acudir a conceptos tomados de la política o la sociología.

13.2.4. La norma como juicio hipotético

Depurada de los fenómenos de voluntad intersubjetiva (órdenes) en los que puede, o no, generarse, se impone estudiar la norma en sí misma. Aparece ésta, entonces, como un juicio o proposición en el que se establece un deber. Pero este deber no se encuentra establecido pura o simplemente —como puede quizá suceder con el deber moral o imperativo de conciencia— sino establecido bajo la condición de que ciertos hechos sucedan efectivamente. La norma jurídica no dice, por ejemplo, "paga tu alquiler", "no matarás" (debes pagar, no debes matar) sino "si has alquilado una cosa, paga su alquiler o mejor aún, *si* el inquilino no paga su alquiler debe ser el cobro compulsivo del mismo", "*si* alguien matare a otro, deberá sufrir prisión de tantos años", etcétera.

La norma en suma, no es un juicio categórico, sino un *juicio hipotético* [5]. El juicio hipotético que expresa el enlace específico (imputación) de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada (*Teoría Pura*, págs. 17 y 26). También la ley natural se expresa en un juicio hipotético, pero como ya lo hemos advertido al distinguir ser y deber ser, el sentido del enlace que establece la norma es diferente al sentido del enlace que establece la ley natural. El juicio hipotético que constituye la norma jurídica se expresa en el esquema *"si A es, B debe ser"*, siendo A la situación de hecho condicionante y B la consecuencia jurídica condicionada que se imputa a la primera. El juicio hipotético que constituye la ley natural se expresa en la fórmula *"si A es, B tiene que ser"*, siendo A la causa y B el efecto necesario o probablemente determinado por la primera. En ambas, la consecuencia B se encuentra subordinada lógicamente a la hipótesis A, pero el sentido del enlace es diverso ya que, en un caso la *causalidad* (categoría del conocimiento natural) nos refiere a una experiencia de *necesidad*, y en el otro la *imputación* (categoría del conocimiento jurídico) nos refiere a una experiencia de *libertad* [6].

13.2.5. La norma jurídica es coactiva

Con la imputación se ha logrado el género próximo de normas, pero no la diferencia específica de la norma *jurídica*. Lo específico de la norma jurídica es ser una norma coactiva. "La consecuencia enlazada en la proposición jurídica a una determinada condición es el acto coactivo estatal, esto es, la pena o la ejecución civil o administrativa" (*Teoría Pura*, pág. 70).

El exacto sentido de la afirmación precedente de que la norma jurídica es una norma coactiva, se obtiene depurando de elementos extraños la misma aserción contenida ya en la ciencia dogmática del siglo XIX, especialmente en la escuela de Austin. Éste entendía que el orden jurídico no solamente "manda" al individuo comportarse de cierta manera sino que dicho mandato se encuentra reforzado, ya que la autoridad *compele* a obedecerlo con la amenaza de una sanción para el caso de desobediencia. La obediencia a los mandatos del Derecho se obtendría por medio del miedo a la sanción (*Teoría Pura*, pág. 223).

Pero es menester depurar dicha afirmación de elementos psicológicos (miedo) y sociológicos (compulsión, poder, etc.). Puede ocurrir, efectivamente, que la "obediencia" al "mandato", es decir, el cumplimiento de la norma, no sea determinado por el miedo a la sanción sino por otro motivo psicológico cualquiera. La afirmación impura es, por consiguiente, inexacta. Por otra parte, no esclarece el menester del científico, ya que al jurista poco le importa si el cumplimiento de la norma ocurre por miedo, por interés, por respeto, etcétera. La afirmación llevada al rango de pure-

5 Según los esquemas de la lógica tradicional los juicios se clasifican, *por su relación*, en *categóricos, hipotéticos y disyuntivos*.

6 KELSEN, H., *Teoría Pura...*, cit., págs. 26-31. Kelsen es consciente de esta relación pero, según él, en ella se agota el sentido mismo del tema de la libertad. La libertad es el término final de una imputación. No es que se puedan imputar ciertos actos a los hombres *por ser* éstos libres, sino que éstos "son libres" en tanto y en cuanto son imputados normativamente. Ésta es, según Kelsen, una solución puramente racional y no metafísica del tema de la libertad, ya que racionalmente los actos humanos que se reputan "libres" no pueden escapar a la ley de causalidad y se encuentran sometidos a ella. Nosotros entendemos que la posición de Kelsen lleva implícita una metafísica determinista y naturalista y que el intento de eludir el tema metafísico y ontológico de la libertad está condenado al fracaso. Pero no podemos explayar aquí los fundamentos de esta opinión.

za por Kelsen es, en cambio, absolutamente exacta; no admite grados ni excepciones; es norma jurídica la que enlaza a un hecho condicionante una consecuencia coactiva, un daño infligido por un órgano del Estado (privación de la vida, libertad o bienes), consecuencia que recibe el nombre de *sanción*.

13.2.6. Las sanciones jurídicas son coercibles y están específicamente previstas

Aunque por extensión se admita la existencia de "sanciones morales" es indudable que, en todo caso, las sanciones del Derecho exhiben caracteres que hacen imposible toda confusión con aquéllas. En tal sentido cabe destacar, por lo que hace a las sanciones jurídicas, que: 1) se encuentran *previstas específicamente* dentro de un esquema y sistema normativos —el ordenamiento jurídico— que las predeterminan en sus condiciones de aplicación y efectos; 2) son *coercibles*, en el sentido, no sólo de que es posible, de hecho, su imposición coactiva por terceros —cosa que ocurre en toda interferencia de conductas— sino que dicha imposición por parte de los órganos del Estado es considerada como lícita. El ordenamiento jurídico es un ordenamiento coercible y coercitivo, en el sentido de que conmina a los individuos a una conducta determinada, mediante la amenaza de que un órgano del Estado los privará de ciertos bienes (libertad, propiedad, etc.), aun contra su voluntad, haciendo eventualmente uso de la fuerza.

A través de lo expuesto se advierte la razón que asiste a Kelsen cuando afirma que por una extraña paradoja el ordenamiento jurídico, aunque persigue la instauración de un régimen de convivencia pacífica entre los hombres, no proscribe en forma absoluta el uso de la *fuerza*, sino que la *organiza y sistematiza*, determinando en qué condiciones su empleo es lícito, y en cuáles ilícito. El orden jurídico autoriza el empleo de la fuerza, la práctica de actos coercitivos, sólo a ciertos individuos y únicamente en ciertas circunstancias. El Derecho permite, bajo algunos aspectos, una conducta que en otras condiciones estaría "prohibida" o, con otras palabras, es la condición misma para una conducta semejante ejercida por otro como sanción. El individuo que autorizado por el orden jurídico, aplica la medida coercitiva —en principio, la sanción— actúa como órgano del orden o de la comunidad, así constituida. Sólo este individuo, órgano de la comunidad, está autorizado a emplear lícitamente la fuerza. Por consiguiente, se puede decir que *el Derecho hace del uso de la fuerza un monopolio de la colectividad*. Y de esa manera, precisamente, el Derecho asegura la paz de ésta [7].

[7] Cfr. KELSEN, Hans, *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*, UNAM, México, 1943, pág. 33.

Para aclarar mejor la nota de coercibilidad propia del Derecho, recurramos a un ejemplo. Reparemos en la norma del Código Civil (art. 266) que prescribe a los hijos que deben *respeto y obediencia* a sus padres. ¿Cuál es el carácter, jurídico o moral, de estas dos obligaciones? Basta para saberlo, con pensar en las posibles consecuencias de su infracción. El hijo que no "respeta" íntimamente a sus padres —pero que no exterioriza sus sentimientos en actos externos de "desobediencia" o injuria— no puede ser sancionado por las autoridades, las que no tienen poder para captar y reprimir esos sentimientos. De ahí que esta parte del precepto, aunque esté incluida dentro de una ley, no deja por ello de ser un precepto moral *no coercible*. Pero tan pronto como el hijo desobedezca, se hace pasible de sanción: el padre puede recurrir a los órganos del Estado para que lo castiguen y lo obliguen a someterse a la patria potestad.

La nota de coercibilidad, esencial al Derecho, en nada se ve afectada por la circunstancia de que la conminación de sanciones sea frecuentemente impotente para evitar que los hombres cometan entuertos, ni por el hecho de que muchos de estos entuertos queden impunes. Creer lo contrario implica confundir la validez de una norma con su *eficacia*, el deber ser con el ser, la coacción en potencia con la coacción en acto. Es del caso recordar, en Radbruch, que así como un papel sin valor no adquiere valor de cambio por el hecho de que alguien obligue a otro, pistola en mano, a aceptarlo, tampoco pierden su validez las normas jurídicas por el hecho de que se cometan delitos [8].

[8] RADBRUCH, G., *Filosofía...*, cit., pág. 106. Es oportuno apuntar que, entre nosotros, Bunge intuyó con acuidad, hace ya tiempo, la relación que existe entre Derecho y coacción (BUNGE, C. O., *El Derecho*, cit., pág. 229). Según Bunge, el Derecho es *una sistematización de la fuerza*, o sea *la fuerza sistematizada*, lo que permite considerarlo como un verdadero precursor de la tesis kelseniana según la cual el Derecho es una organización de la fuerza, que hace de su uso lícito un monopolio de la colectividad. Pero una cosa es que los ordenamientos jurídicos conminen y apliquen sanciones, y otra el que esos ordenamientos sean siempre justos, a la luz de criterios de justicia que trasciendan de los ideales histórico-positivos de una cierta comunidad. La implantación coercitiva de instituciones como la esclavitud o las discriminaciones raciales pueden haber integrado los ideales histórico-positivos de algunos pueblos, pero ello no nos puede inhibir para desvalorarlas metafísicamente.

Lamentablemente, la grosería del instrumentar filosófico positivista de su tiempo impidió a Bunge hacer la distinción, propia de la contemporánea estimativa jurídica, entre ideales histórico-positivos e ideales verdaderos. Sólo así se explica que relate, con aparente asentimiento, que "los pueblos antiguos no hallaban nada de injusto o irritante en el predominio del más fuerte... Admitíase la conquista como un fenómeno natural, al que debían resignarse los hombres. La naturaleza los dividía en naciones fuertes o débiles, en señores y esclavos, y esto parecía justo y noble" (*El Derecho*, cit., pág. 292). Por lo demás, la postura de Bunge en estos temas queda exhibida, sin recato, en el título que dio a la traducción francesa de su libro: *Le Droit, c'est la Force*, Paris, 1909.

A través de lo expuesto acerca de las sanciones jurídicas, se advierte la razón que nos asistía para afirmar que el ordenamiento jurídico se caracteriza por su carácter *coercitivo, coactivo o coercible*.

13.2.7. La heteronomía de las normas jurídicas

Es frecuente diferenciar las normas jurídicas de las morales, diciendo que mientras las primeras son heterónomas, las segundas son autónomas. Quiérese decir con ello que las normas morales obligan a condición de que, previamente, sean tenidas como válidas por el propio sujeto; las jurídicas obligan, en cambio, independientemente de la aquiescencia individual a las mismas. Pero todo esto es muy relativo. Tomada en sentido estricto, la diferencia apuntada se reduce a la coercibilidad; tomada en un sentido amplio, no es específica del Derecho ya que, por ejemplo, también las normas de los usos sociales son heterónomas, puesto que son obligatorias aunque no cuenten con nuestra aquiescencia íntima, y lo mismo podría decirse incluso de las normas morales, en cuanto su autoridad se encuentra respaldada, en gran medida, por la religión o por la sociedad, esto es, por entidades externas a la intimidad personal.

13.2.8. Los conceptos jurídicos fundamentales

A partir de la formalización que Kelsen hizo, y tomando la sanción como concepto central, podemos definir en forma clara todos los conceptos jurídicos contenidos en la norma.

a) La sanción

La sanción es un mal (la privación de un bien tal como la vida, la libertad, la honra o la propiedad), infligido coactivamente por un órgano del Estado que actúa aplicando una norma jurídica.

b) Transgresión, hecho antijurídico (ilícito) o entuerto

Es el hecho antecedente al que se encuentra imputada la sanción, es decir, la hipótesis que condiciona la reacción específica (coactiva) del Derecho.

En resumen, diríamos que Bunge, después de haber acertado al decir que el Derecho es la sistematización de la fuerza, terminó por identificar totalmente las nociones de Derecho y fuerza. Esto es un grave error, porque el Derecho no puede ser reducido sin más ni más al puro hecho mecánico de la fuerza. El acontecer de una acción de fuerza prueba sólo que ella es físicamente posible, pero no resuelve todavía el problema de su sentido jurídico. Para saber si un acto de fuerza es lícito o no, hay un tribunal inapelable: el de la norma que permite conceptualizarlo como entuerto, como sanción, o como prestación, según los casos El criterio jurídico es superior al hecho físico de la fuerza.

La transgresión no es, pues, la violación de una norma supralegal, o del Derecho Natural, o de la moral, o del ordenamiento legal, sino que es simplemente aquel hecho que condiciona la aplicación de una sanción. Para Kelsen en el Derecho no hay cosas malas en sí mismas (*mala in se*), sino que las cosas son "malas" en tanto son prohibidas (*mala prohibita*). Tan pronto se quiera ver acciones malas en sí mismas, independientemente de que sean sancionadas por el ordenamiento jurídico, se va a estar cayendo en un iusnaturalismo que desvía al científico del Derecho de una correcta investigación. Así, son ilícitos aquellos hechos que condicionan la aplicación de una sanción; y son lícitos los que no condicionan la aplicación de sanción alguna; lo lícito y lo ilícito resultan ser así conceptos independientes de todo juicio de valor sobre ellos.

De este modo la transgresión —del delito— abandona su posición extrasistemática de "violación al Derecho". Necesariamente el jurista y la ciencia jurídica deben conocer y concebir lo "antijurídico" (piénsese, p. ej., en un penalista).

La teoría tradicional ve las cosas a la inversa, es decir, no define lo antijurídico (ilícito) como el antecedente de la sanción, sino que entiende que un hecho se sanciona precisamente *porque* es antijurídico. Pero esta concepción tradicional, pese a sus pretensiones positivistas, recae aquí en iusnaturalismo.

c) Responsable

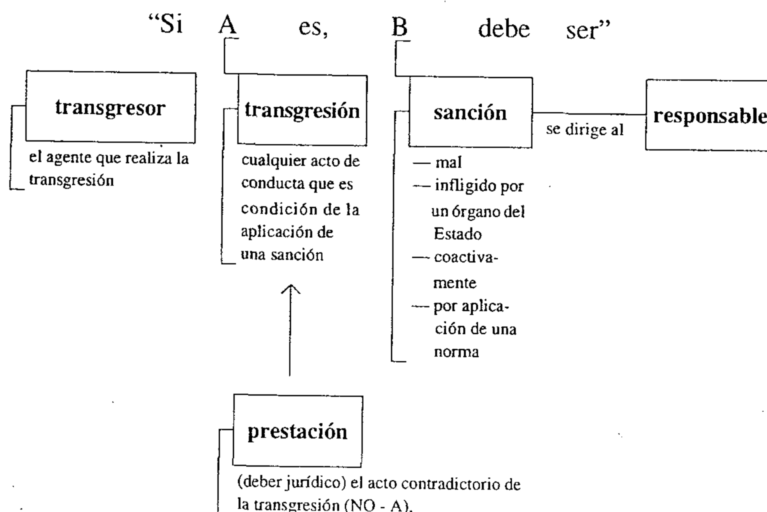
También en función del concepto de sanción accedemos al de "responsable". Es responsable de determinada transgresión aquella persona a la cual se le aplica la sanción, independientemente de que haya sido o no quien realizó el acto prohibido. Tenemos así que hay responsabilidad por el hecho propio cuando coincide la persona del responsable con la del autor de la transgresión; hay responsabilidad por el hecho de otro cuando no coinciden la persona que realiza la transgresión con la persona que recibe la sanción. El ejemplo más chocante de este tipo de responsabilidad es el que imponen, en tiempo de guerra, las tropas invasoras a las poblaciones ocupadas, y lo hacen formulando una norma que dice: si los guerrilleros matan a un soldado ocupante (la transgresión), las fuerzas ocupantes deben fusilar a diez ciudadanos elegidos al azar. Estas personas que se fusilarán son las "responsables" de la transgresión que cometieron los rebeldes a la ocupación. Hay, empero, ejemplos menos chocantes, como el de la responsabilidad de los padres y empleadores por daños y perjuicios causados por los hijos menores y dependientes respectivamente.

d) El deber jurídico (prestación)

El deber jurídico es lo opuesto contradictoriamente a la transgresión. Si lo ilícito es matar, el deber es no matar; si la transgresión es no restituir un préstamo, el deber es restituirlo; si el entuerto es apoderarse de lo ajeno, el deber es no apoderarse, etcétera (*Teoría General*, pág. 60; *Teoría Pura*, pág. 76).

Esta formulación negativa del deber jurídico a partir de la transgresión es, por cierto, novedosa. La teoría tradicionalista, gravada siempre por impurezas sociológicas y/o iusnaturalistas, entiende que el deber jurídico es el estado social deseable perseguido por el legislador y mandado por éste en la expresión de su voluntad que es la norma. De modo que *norma*, para la teoría tradicional, es el "mandato" *que establece el deber jurídico*. La violación de dicha norma acarrea la sanción. Para Kelsen, en cambio, *norma* jurídica es *la que establece la sanción*, pues en ella se encuentra el momento de coacción definitorio de lo específicamente jurídico.

Veamos gráficamente los conceptos jurídicos fundamentales:



13.2.9. Norma primaria y norma secundaria

Kelsen sostiene que no se puede dar cuenta cabal, en términos verbales, de lo que es una proposición jurídica completa, sin formular una especie de *norma doble*, integrada por una norma primaria y una secundaria. Llama *norma primaria* a la que trae la nota de coacción, la que se

expresa del modo siguiente: "Dada una cierta conducta de un hombre, debe ser un acto coactivo (S. sanción) por parte de un órgano del Estado (pena o ejecución forzada)". Por ejemplo: "Dado un homicidio, debe ser la prisión del que lo cometió". Ahora bien, ¿dónde está definida la conducta que evita la coacción? Esa definición está suministrada por lo que Kelsen califica de *norma secundaria*, que es la que estatuye el *deber jurídico o prestación* (P), o sea precisamente, la conducta que evita la consecuencia coactiva. Así, en el caso del ejemplo anterior, el deber jurídico estaría enunciado por la siguiente norma: "Dada una cierta situación de convivencia y libertad, debe ser el respeto de la vida del prójimo".

El enunciado de estas normas es:

Norma secundaria: "Bajo ciertas condiciones una persona debe conducirse de un modo determinado" (*dado A, debe ser P*).

Norma primaria: "Si no se comporta así, entonces otra persona —el órgano del Estado— debe realizar contra ella un acto coactivo determinado" (*dado no P, debe ser S*).

El esquema precedente es válido para cualquier clase de proposición jurídica, sea cual fuere la rama del Derecho que se trate. Así como se ha ejemplificado con el supuesto del homicidio, caso propio del derecho penal, podría igualmente haberse utilizado la figura del contrato, oriunda del derecho civil. Ejemplo: "Dada la celebración de un contrato de préstamo, debe ser oportunamente la devolución de lo prestado, dada la falta de devolución, debe ser la ejecución del deudor moroso".

La verdadera norma es la norma primaria que impone una sanción, para el caso de que se cometa la transgresión, pero si queremos aludir no a la transgresión, sino a la prestación, usamos este recurso del lenguaje que son las normas secundarias. Para Kelsen, cuando en forma natural decimos "el inquilino debe pagar el alquiler", lo que verdaderamente queremos decir es que "si el inquilino no paga el alquiler es procedente el desalojo y el juicio para obtener el cobro compulsivo".

En esta perspectiva la norma jurídica expresa, exclusivamente, un acto coactivo condicionado. De ahí que Kelsen sólo vea en ella la regulación de la sanción, aunque ésta está condicionada por la realización del entuerto. A ello se debe que —según se ha dicho antes— llame norma "primaria" a la parte de la proposición jurídica que trae la nota de coacción. En cambio, la norma "secundaria" —que estatuye el deber jurídico, o sea, la prestación que evita la consecuencia coactiva— sería solamente, para Kelsen, una suerte de artificio intelectual, un recurso mental o "hipótesis auxiliar", para pensar por su revés lo que la norma ya expresa derechamente. En esta forma la noción fundamental de *deber jurídico*, y su correlativa la de *facultad jurídica*, pierden categoría normativa, ya que se

trataría de hechos que no estarían incluidos en lo que la norma primaria enuncia imputativamente.

La norma secundaria es un mero expediente técnico o expositivo, que expresa en forma normativa el deber jurídico. Esta "norma" con la que puede enunciarse el deber no es sino un epifenómeno de la auténtica norma en la que aparece imputada la sanción. La norma secundaria no es, en verdad —según Kelsen— norma jurídica; es sólo un medio técnico para expresar en forma más breve y accesible lo que sólo la norma "enuncia cabal y correctamente: que bajo condición de la conducta contraria ha de acontecer un acto coactivo" (*Teoría Pura*, pág. 77).

13.2.10. El derecho subjetivo: remisión

Kelsen reduce el derecho subjetivo de las personas al derecho objetivo. Así, dependerá de la existencia de una norma del derecho positivo el que una persona tenga un "derecho" subjetivo frente al "deber objetivo" de otra. Este tema se desarrolla con mayor detenimiento en el Capítulo 15.

13.2.11. La noción de persona o sujeto de derecho

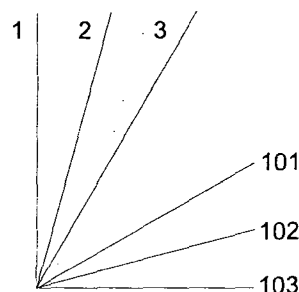
La noción así esclarecida por Kelsen de derecho en sentido subjetivo —comprensiva tanto del deber como de la facultad— sirve, por su parte, para esclarecer la noción de persona, es decir, sujeto de derecho. Puesto que las normas, el derecho objetivo, regulan conductas, serán sujetos de derecho o personas justamente aquellos cuya conducta es regulada por las normas. Aclaremos aquí —siguiendo en esto a Cossio más que a Kelsen— que como se trata de conducta en interferencia intersubjetiva, conducta compartida entre dos o más sujetos, la norma establece un deber para un sujeto y correlativamente determina en el otro sujeto una facultad. El derecho objetivo establece así entre los sujetos cuya conducta regula una *relación jurídica* por la cual uno (o algunos) está obligado a, tiene el deber de, cumplir cierto acto (u omisión) y el otro (u otros) están facultados a, tienen el derecho de, exigir ese cumplimiento. Correlativamente a todo ello, la condición de sujeto de derecho —o persona— toma dos modalidades: la de sujeto obligado, sujeto del deber, y la de sujeto titular del derecho o pretensor. Es lo que puede inferirse fácilmente de la denominada por Kelsen "norma secundaria" y de su noción correlativa de derecho subjetivo como reverso del deber que dicha norma secundaria establece. Es lo que puede verse explícitamente en la norma de Cossio como relación entre el sujeto obligado (Ao) y el titular (At).

Pero esa situación de un sujeto agente en relación a la norma no se da, obviamente, para una sola norma sino para una multiplicidad de las mismas. Así la conducta compartida de un mismo ser humano o individuo se encuentra regulada por una multiplicidad de normas que le atribuyen ya el carácter de obligado, ya el carácter de titular. Juan Pérez, pongamos por caso, es obligado a no matar, no robar y en general a no transgredir ninguna de las normas (secundarias para Kelsen) que fácilmente pueden ser inferidas de las normas (primarias) que se encuentran en el Código Penal. Pero Juan Pérez es también obligado a enrolarse, a conducir por la mano derecha, a hacerlo con prudencia sin inferir daños culposamente, a pagar los impuestos, a atender a la subsistencia y educación de sus hijos menores, a pagar los alquileres de la unidad de vivienda que alquila, a pagar el precio de lo que compra, etcétera. Por otra parte, el mismo Juan Pérez está facultado —tiene derecho a— reclamar la entrega de las cosas que compra, a cobrar sueldo o salario por los trabajos que realiza como obrero o empleado, a que los demás no lo dañen, a que no lo perturben en el uso y disposición de las cosas de su propiedad, etcétera.

Podríamos estar, por consiguiente, tentados a decir que sujetos de derecho, personas, son sencillamente los seres humanos (Juan Pérez). Aunque hay una gran verdad en ello, pues en último término es la conducta de los individuos la que es objeto de regulación por las normas jurídicas, la afirmación de dicha verdad sin calificación o matiz alguno sería inexacta. Pues —aparte de lo que diremos más adelante sobre las personas jurídicas— debemos tener en cuenta que Juan Pérez es sujeto de derecho *solamente en la medida en que su conducta* —en forma directa o indirecta— *es objeto de regulación* normativa. Así, por ejemplo, la persona por nacer (y también los bebés) no pueden ser sujetos obligados, aunque sí pueden ser titulares de algunos derechos como, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad corporal. Para poner el caso más extremo: a las personas por nacer nuestro Código Civil les reconoce aptitud exclusivamente para adquirir bienes por herencia, legado o donación. Vale decir que ellas son sujetos de derecho —o personas— en forma muy limitada: no son sujetos del deber en ningún caso y como sujetos titulares lo son exclusivamente de los derechos a la vida, a la integridad corporal (delitos de aborto y lesiones) y de propiedad, pero este último exclusivamente pueden adquirirlo por las vías que señala el Código. Su personalidad es, por consiguiente, muy reducida, ya que las normas prevén su conducta solamente para esos casos excepcionales. La personalidad de las personas —para decir lo mismo de otra manera— consiste, en suma, en esa previsión de su conducta que hacen las normas conforme a esas dos funciones que hay para toda norma. La personalidad consiste en la condición atribuida por las normas de ser sujeto obligado o de ser sujeto titular (o, para usar la termi-

nología aproximadamente correcta del Código Civil, la susceptibilidad "de adquirir derechos y contraer obligaciones").

Lo precedente permite entender la teoría kelseniana sobre las personas. La personalidad de ellas consiste en un haz de normas que tienen un elemento común en las funciones de titular o de obligado. Así, volviendo a Juez Pérez, en el gráfico siguiente podemos apreciar cómo se forma en relación a él ese haz de normas que le confieren la condición de sujeto titular (normas, 1, 2, 3...) o de sujeto obligado (101, 102, 103...).



Para expresar este aglutinamiento de normas decía Kelsen que aquí hay una "imputación central" de las mismas. Últimamente prefiere hablar de "atribución".

Pero puede ocurrir que este lugar de la imputación central no sea ocupado por el nombre propio (Juan Pérez) o el común (argentino, padre, mayor de edad, etc.) de un ser humano, sino por el de una entidad como, por ejemplo, la Municipalidad de Buenos Aires, la Universidad de Córdoba, el Club Argentino de Ajedrez o, pongamos por caso, "XX, Sociedad Anónima". Estos nombres de entidades sirven para designar proyectos colectivos que representan la obra de un grupo de seres humanos en pos, usualmente, de un objetivo común y constituyen, por lo tanto, pequeños ordenamientos jurídicos que regulan la conducta de las personas (seres humanos) partícipes de esa empresa. Lo que aquí ocurre, nos enseña Kelsen, es que el ordenamiento general establece qué conducta debe observarse, pero queda deferido al ordenamiento parcial o estatuto determinar qué ser humano ha de cumplir en concreto la conducta en cuestión. En estos casos hablamos de "personas jurídicas" o de "personas de existencia ideal" para aludir a estos ordenamientos parciales de conducta humana, que figuran como titulares u obligados en las normas del ordenamiento general. Sería como si, ampliando con un poderoso lente de aumento el gráfico que hemos puesto más arriba, advirtiéramos que el punto donde confluye el haz de normas no es tal punto simple sino que abarca todo un círculo en el cual —de acuerdo con cierto orden— se mueven numerosos individuos. Las normas del ordenamiento general llegan hasta el borde del círculo y allí son complementadas por el orden interno en normas que regulan la conducta de los individuos que están dentro del círculo.

13.3. La norma según Cossio

13.3.1. Crítica a Kelsen. Estructura

Cossio critica la caracterización que Kelsen hace de la norma. Él ve incorrecto considerar como auténtica o verdadera norma jurídica a la norma primaria y relegar la norma secundaria al papel de un mero recurso del lenguaje. La crítica se funda en la circunstancia de que hay conducta en interferencia intersubjetiva tanto en la transgresión y aplicación de sanciones, como en el cumplimiento espontáneo de la prestación. Más aún, toda sociedad descansa siempre sobre una base de armonía o de cumplimiento espontáneo de los deberes jurídicos respecto de la cual las transgresiones y la aplicación de sanciones son verdaderamente casos de excepción. Siendo esto así, no se ve cómo únicamente la norma primaria —que prescribe la sanción— va a tener sentido ontológico. Parece ser que la norma secundaria —que prevé la prestación— no es en absoluto un mero recurso lingüístico, sino que va a estar, por lo menos, en pie de igualdad con la *norma* primaria, y va a tener tanto sentido ontológico como aquélla [9]. Para superar esta deficiencia kelseniana Cossio da, como correcta estructura de la norma jurídica, una sola expresión que contempla tanto la transgresión y aplicación de la sanción, como la normación

[9] A esta crítica deberíamos agregar que la doctrina kelseniana ortodoxa, para la cual la única variable independiente es la sanción —definida como un mal infligido por un órgano al Estado—, no permite distinguir rectamente los casos de auténtica transgresión de otros que no lo son. En efecto, puede ocurrir que "un mal infligido por un órgano del Estado" esté imputado a hechos naturales como podría ser, por ejemplo, el sacrificio del hijo primogénito imputado a la ocurrencia de una prolongada sequía. Todavía en estos casos —típicos del derecho primitivo— la doctrina kelseniana encontrará salida airosa acudiendo a la concepción animista que caracteriza a los pueblos primitivos: para ellos habría efectivamente una transgresión cometida por quien, usando poderes mágicos, hace que no llueva. Ocurre, sin embargo, para desgracia de la ortodoxia kelseniana, que también en el orden civilizado ocurren cosas de esta naturaleza. Con plena conciencia de que no ha habido transgresión alguna, las normas prevén casos de empleo de la fuerza e inflicción de males a los particulares por motivos de seguridad, salubridad, etc. Esto sucede en casos de incendios, cuarentenas y otras situaciones análogas. La ciencia jurídica no dice que ha cometido una transgresión el vecino de una casa en la que se ha declarado un incendio, y no obstante, los bomberos pueden proceder lícitamente a causar allí inundaciones, roturas y otros males. Lo mismo cabe decir de quien se encuentra por azar en un sitio sometido luego a cuarentena, etc.

del deber jurídico o prestación. La expresión sintética de la norma cossiana es la siguiente:

Dado H, debe ser P o, dado no-P, debe ser S

Lo que quiere decir: "Dado el antecedente (H), debe ser la prestación (P), o dado la no prestación (no-P), debe ser la sanción (S). La norma jurídica está compuesta por una "endonorma" (dado H, debe ser P) y una "perinorma" (dado no-P, debe ser S). Endonorma y perinorma no son dos normas diferentes y autónomas, sino que ambas son integrantes de la estructura única de toda norma jurídica completa. Por ello no debe asimilarse la "perinorma" cossiana con la "norma primaria" de Kelsen, ni la "endonorma" con la "norma secundaria". En Cossio la perinorma es sólo una parte de una única estructura normativa; en cambio, para Kelsen la norma primaria es la verdadera y completa norma jurídica. Y la norma secundaria es sólo una forma de hablar para expresar explícitamente lo mismo que ya estaba implícito en la "verdadera" norma: la norma primaria.

Endonorma y perinorma, unidas por una "o", constituyen para Cossio la estructura completa de la norma jurídica. Esta "o" que une ambas partes hace que la expresión resultante tenga la forma de un juicio disyuntivo.

Por razones de claridad hemos expuesto la estructura de la norma jurídica que da Cossio en forma sintética. Veamos ahora cómo es su formulación completa. Ella consta de diez componentes, ocho de los cuales son "variables", o sea que, en cada caso concreto, van a tener diferentes contenidos, y dos de ellos son "constantes" (lógicas). Estos diez componentes son:

ENDONORMA
1) Dada una situación coexistencial (H)
2) debe ser
3) la prestación (P)
4) de alguien obligado (Ao)
5) ante alguien titular (At)
6) o (disyunción de endonorma y perinorma)

PERINORMA
7) dada la no prestación (no-P)
debe ser
8) la sanción (S)
9) impuesta por un funcionario obligado a ello (Fo)
10) por pretensión de la Comunidad (pC)

Podemos dar un ejemplo "llenando" esta estructura normativa con cualquier contenido: v.gr., "dado el arrendamiento de un inmueble (H) debe ser el pago del alquiler (P), por el inquilino (Ao) al propietario (At) o, dado el no pago del alquiler (no-P) debe ser el desalojo del inquilino (S) impuesto por el tribunal competente (Fo) por pretensión de la comunidad de que se respete el derecho de propiedad (pC)":

Se trata de un análisis exhaustivo de elementos irreductibles entre sí. En toda norma han de aparecer todos ellos y sólo ellos. No constituyen una suma o agregado de conceptos independientes, sino una *estructura* de elementos interdependientes de modo tal que para definir, por ejemplo, lo que es una sanción (S), habremos forzosamente de recurrir al sentido que conjugan sobre ese dato todos los otros elementos de la norma. Eso sí, cabe señalar que dos de estos ingredientes —*el deber ser* (nro. 2) y la conjunción *o* (nro. 6)— son puramente *funcionales* (constantes), mientras los demás son de índole *entitativa* (variables) [10].

13.3.2. Los conceptos jurídicos incluidos en la estructura de la norma según Cossio

Hemos visto que la estructura de la norma jurídica propuesta por Cossio es la siguiente:

endonorma: "Si Ht (1) es, deber ser (2) P (3) por Ao (4) frente a Cp (10)".
o (6)
perinorma: "Si no-p (7) es, S (8) debe ser (2) por Fo (9) frente a Cp (10)".

Veamos ahora cada uno de estos conceptos jurídicos:

1) *Hecho antecedente* [11]. Si es que cada norma ha de representar una cierta conducta de una persona, es obvio que ha de señalarse o determi-

[10] Los primeros designan *relaciones*, los segundos *entes* o realidades del campo jurídico. Por eso se los puede designar respectivamente como *constantes* y *variables* dado que estos últimos son símbolos que representan un campo de variabilidad que es menester "llenar" con un contenido empírico determinado para dar una significación a la norma, es decir, para obtener una norma y no un mero esquema.

[11] Es el denominado usualmente *hecho jurídico, fait juridique, fatto giuridico, tatbestand, supuesto jurídico o hipótesis*.

Más importante que este detalle es advertir que antes de la obra kelseniana (que esclarece la existencia de la norma primaria y la secundaria) y sobre todo antes de la egología (que señala la estructura bimembre de la *norma* jurídica completa) se solía confundir (como antecedente de una consecuencia) este elemento (Ht) con la transgresión (no P) y así, p. ej., civilistas y penalistas han hablado ambos del "hecho típico", del *tatbestand*, refiriéndose, sin embargo, a dos cosas esencialmente diversas.

narse un punto en el tiempo a partir del cual la conducta de esa persona tiene este o aquel significado jurídico. En otros términos, es indispensable fijar un hecho del mundo como punto de referencia, siendo irrelevante que se trate de un suceso de la naturaleza o de ciertos actos humanos. Ejemplo del primer supuesto: dado el acaecimiento de una sequía deben ser algunos sacrificios humanos [12]. Del segundo: dado el contrato, debe ser el cumplimiento de lo pactado.

2) *Deber ser* [13]. No hemos de volver sobre el análisis de lo que es el deber ser, pues nos hemos extendido al respecto al tratar de la normatividad jurídica, donde mostramos al *deber ser* como aquella categoría opuesta al *ser* que permite pensar la conducta como libertad y no como naturaleza.

3) *La prestación* [14]. Se trata del *deber jurídico* a que está constreñido el sujeto pasivo de la relación jurídica, si es que su conducta ha de mantener en el campo de lo lícito jurídico. Cumplir los pactos, no matar, etcétera, son *prestaciones*.

4 y 5) *Alguien obligado frente a alguien pretensor*. Aquí aparecen nítidamente los *dos sujetos* [15] indispensables a toda relación jurídica. Es el

[12] Algunas veces Kelsen utilizó este ejemplo de los sacrificios rituales, propios de algunos pueblos primitivos, calificando de sanciones (S) a estas muertes. Este error sólo se explica, justamente, por la falta de una sistemática completa de los conceptos jurídicos fundamentales. En efecto, si esta muerte fuera una sanción impuesta a un transgresor, habría que indicar cuál es el deber jurídico que infringió. ¿Acaso diríase que alguien tenía el deber jurídico de interrumpir la sequía? A la luz de este razonamiento se advierte que la muerte de que se trata no es otra cosa que una prestación (P) a que está obligado el que ha de ser occiso, que tiene el deber de dejarse matar. Análogamente, no constituyen sanciones sino prestaciones la muerte en guerra o la obligación de acatar ciertas graves restricciones a su subjetividad jurídica a que se sometía a los judíos por la legislación nazi.

[13] En la creencia de que las normas son órdenes o mandatos, este elemento es caracterizado por algunos autores como el mandato de que al hecho suceda la consecuencia o el vínculo que hace obligatoria la consecuencia, dado el antecedente. Denominarlo *relación*, como hacen otros autores, es aún más peligroso porque mueve a confusión con la *relación jurídica* es decir, con el derecho en sentido subjetivo, vínculo establecido no entre el antecedente y la consecuencia sino entre el obligado y el facultado.

[14] La palabra *obligación* sería también apropiada si no tuviese un sentido técnico preciso en la sistemática civilista. En realidad, con estas dos últimas expresiones (deber jurídico, obligación) se alude a la *prestación* desde el punto de vista del obligado; es, por lo tanto, más correcta la palabra prestación, que alude inequívocamente y en forma objetiva al hecho mismo en cuestión.

[15] Estos sujetos son usualmente denominados sujetos *activo* y *pasivo*, pero en verdad estas denominaciones no son lo suficientemente explícitas. La expresión *obligado* es

caso de repetir aquí lo que ya dijimos acerca de que no es posible pensar ningún dato jurídico sin la noción de *sujeto de derecho*, puesto que el derecho es conducta de sujetos que se interfieren. Ello no impide, desde luego, que cada ordenamiento jurídico pueda precisar a quiénes y con qué alcance atribuye el carácter de sujetos de derecho, pero siempre sobre la base de que la persona humana jamás puede ser despojada totalmente de la subjetividad jurídica.

Para un mayor desarrollo de estas cuestiones nos remitimos a lo expuesto al tratar el derecho en sentido subjetivo, y a lo que diremos en el capítulo versante sobre derecho civil.

6) *o*. Esta conjunción adquiere un significado fundamental en cuanto expresa el sentido disyuntivo —y no hipotético, como sostiene Kelsen— de la norma jurídica completa [16]. Se trata de un concepto funcional, de una constante que permite pensar disyuntivamente los actos contradictorios *P* y *no-P*, con exclusión de terceras posibilidades, es decir, pagar o no pagar; no matar o matar; cumplir lo pactado o no cumplirlo; de este modo la conducta en cuestión queda representada exhaustivamente en todas sus posibilidades [17].

insustituible y sumamente clara. En cuanto al otro sujeto de la interferencia, su alusión más precisa se obtiene con las palabras *pretensor* o *titular*. En estos *sujetos* puros entronca la teoría del derecho en sentido subjetivo y en el titular o pretensor la del derecho subjetivo en sentido estricto o facultad. Sobre esto ver Cap. 15.

[16] La disyunción es la que permite hablar de una norma jurídica completa que contiene dos miembros —tal como la venimos estudiando— y es, en consecuencia, el centro mismo de la estructura total. Dice al respecto Cossio: "La norma jurídica completa... tiene dos miembros, a los que proponemos llamarlos endonorma (conceptuación de la prestación) y perinorma (conceptuación de la sanción), no sólo para terminar con el caos de las designaciones de normas primaria y secundaria que los diferentes autores usan con sentido opuesto, sino para subrayar que se trata de una norma única y no de dos normas, punto indispensable para entender el concepto de la norma jurídica como un juicio disyuntivo" (COSSIO, C., *La Teoría...*, cit., pág. 302).

[17] Dentro del campo así delineado por los contenidos dogmáticos (matar, no matar; pagar, no pagar; etc.), de la conducta así delimitada en sus perfiles externos, juega la disyunción, y los conceptos *P* y *no-P* resultan contradictorios, excluyéndose, por consiguiente, terceras posibilidades. *Fuera* de esas delimitaciones, y referido a la conducta en general, el concepto del *entuerto* (o lo prohibido) determina, en cambio, una posición contradictoria con otro concepto de capital importancia, lo *permitido*, es decir, la relación entre lo *lícito* y lo *ilícito* (preferimos esta terminología y no la que también es usual de *jurídico* y *antijurídico*, porque en rigor lo jurídico sólo se debe oponer a lo *ajurídico*). No deben confundirse ambas oposiciones, ya que si bien la prestación es, desde luego, conducta lícita, no agota el campo de la licitud sino que constituye una parte de él, existiendo numerosas conductas lícitas que no son prestaciones sino *facultad de señorío* (p. ej.: es igualmente lícito pasear o no pasear por el parque, saludar a un amigo o no hacerlo, etc.).

7) *No prestación* [18]. Esta expresión —con la que se alude al *entuerto* (*o transgresión* o *hecho ilícito*) al que se imputa una sanción— hace patente que se trata de una conducta que es la negación de la conducta debida (esto es, de la prestación). Así, por ejemplo, si el deber consiste en cumplir con lo pactado, es obvio que el entuerto no puede ser otra cosa que dejar de cumplir esa prestación; si el deber consiste en respetar el derecho del prójimo a la vida, el entuerto consiste en cometer homicidio (delito criminal).

De lo expuesto resulta claramente que la noción genérica de *entuerto* no puede confundirse con la de *delito criminal*: mientras la primera es un concepto jurídico puro, la segunda es un concepto empírico.

8, 9 y 10) *La sanción a cargo de un funcionario obligado por la comunidad pretensora*. En términos generales cabe decir que *sanción* es lo que está normativamente imputado al entuerto. No está de más, si embargo, aclarar que hay dos maneras de concebir la sanción. Cuando Kelsen formula su norma primaria diciendo: "Dado el entuerto debe ser la sanción" se representa, con el concepto de sanción, la conducta del funcionario que

[18] Así como en la endonorma el hecho antecedente funciona como antecedente o condición de la prestación, así el entuerto o transgresión funciona como antecedente o condición a la que se subordina la consecuencia (sanción) en la perinorma. El tema de la sanción suscita difíciles problemas a la teoría del Derecho, muchos aún abiertos. Piénsese, por ejemplo, en que hay actos coactivos ejecutados por un órgano del Estado, que consisten en la imposición de males, no obstante lo cual no se trata de sanciones ni pueden caracterizarse como transgresiones los hechos a cuya ocurrencia se condicionan. Ejemplos: la cuarentena, los daños que causan los bomberos durante la extinción de los incendios, el rifle sanitario, etc. (cfr. VILANOVA, J., *Elementos...*, cit., pág. 175; RAFFO, Julio C., "El concepto de sanción", *L.L.*, 13-X-1972; RABOSSI, Eduardo A., *La Justificación Moral del Castigo*, Buenos Aires, 1976). Profundizando el análisis, Vilanova ha destacado que la transgresión no puede ser definida meramente, como quería Kelsen, como el antecedente al que se encuentra imputada la aplicación de una sanción, sino que tiene que serlo, por fuerza, como *la violación de un deber*. En esta forma, mientras en Kelsen, el concepto jurídico central era el de sanción, en el enfoque reseñado el concepto eje es el de *deber*. De tal modo las normas del ordenamiento jurídico *proyectan y/o programan* la conducta (en interferencia intersubjetiva) de los miembros de la comunidad y el *deber* no es sino la situación de cada uno de ellos en tanto *su conducta* (la que sólo él puede hacer u omitir) es la que se encuentra sí programada (VILANOVA, J., *Elementos...*, cit., pág. 17; *id.*, "Estructura lógica de la norma jurídica", *L.L.*, 26-III-1960, donde sostuvo que la norma jurídica primaria de Kelsen tiene la estructura de un *bicondicional* —o equivalencia— en que el antecedente es un enunciado descriptivo de la ocurrencia de ciertos hechos y el consecuente un enunciado en el cual se describe una conducta coactiva en forma modalizada: como un hecho que debe ser. En resumen, debe aplicarse una sanción *si* se ha cometido una transgresión y *solamente en ese caso* (véase también HERBÓN, César R. - VILANOVA, José, "El enunciado normativo como equivalencia", *Revista del Notariado*, nro. 740, Buenos Aires, 1975).

la impone. En cambio, en la fórmula de Cossio, con el concepto de sanción se representa la vida misma del sancionado (el responsable), o sea, lo que ocurre a él desde que el acto de fuerza que es la sanción se inserta en su vida. Lo que hace el juez al condenar no es la sanción, sino el cumplimiento, por parte de ese juez, de su deber jurídico (representado como tal en otra norma: la que obliga a fallar a los jueces).

Cossio, separándose en esto de Kelsen, ha reivindicado para la norma "secundaria" su pleno sentido ontológico y no de mera hipótesis auxiliar del pensamiento. De ahí que prefiera llamar *endonorma* a este tramo de la norma jurídica compleja, teniendo en cuenta que es el núcleo desde el cual se despliega el principio ontológico de todo ordenamiento jurídico, según el cual la libertad es lo primero: todo lo que no está prohibido está permitido. Cossio sostiene que la estructura lógico-hipotética no refleja adecuadamente los conceptos jurídicos de *licitud* e *ilicitud* —ineludibles en el campo del Derecho—, puesto que éstos se estructuran forzosamente en forma de disyunción contradictoria De ahí que, según él, el esquema de una norma jurídica completa no puede ser otro que el de un *juicio disyuntivo*, cuyos dos términos —unidos por la conjunción *o* y no simplemente yuxtapuestos— tienen ambos un innegable valor ontológico: los dos aluden a realidades de conducta humana, que sólo difieren por su distinto sentido jurídico; mientras la endonorma menta la conducta que es lícita, la perinorma considera al acto ilícito o entuerto.

13.4. EL SER DE LAS NORMAS

13.4.1. Las normas como órdenes. Crítica. Intención y logros de la escuela analítica

Hemos visto que, para el sentido común, las normas son órdenes o imperativos. Esta misma opinión ha sido sostenida por la escuela analítica, para la cual las normas son órdenes dadas por el soberano.

¿Resulta satisfactoria esa respuesta? Kelsen ha sido el autor de la crítica más minuciosa a la identificación de norma y orden. Nosotros, para poder saber si es posible asimilar las normas a las órdenes, vamos a retomar la crítica esbozada en 13.2.3. describiendo el fenómeno que constituye una orden, analizando sus elementos y comparándolos con los elementos que integran una norma, para determinar si coinciden —y las normas son asimilables a las órdenes— o si no coinciden. En este último caso habremos demostrado en forma fundada que las normas no son órdenes.

Tomamos un caso ejemplar, por ejemplo, la orden que un padre le da a su hijo diciéndole: "¡Cierra esa puerta!". Éste es sin duda, un caso típico

y claro de una orden. Ahora, por medio de la abstracción ideatoria, tenemos que establecer cuáles son los elementos esenciales que están incluidos en nuestro caso ejemplar; o, lo que es lo mismo, tenemos que determinar cuáles son los caracteres que, si los suprimimos de nuestro modelo, hacen que él deje de ser una orden.

Ya en el análisis encontramos que nuestro caso ejemplar supone: 1) la existencia de un sujeto que emite la orden (el padre) y 2) un sujeto que la recibe (el hijo); 3) una comunicación entre el sujeto que emitió la orden y el que la recibió; 4) que el sujeto que recibe la orden no sólo entienda la expresión emitida en general, sino que la entienda en cuanto orden, que comprenda su sentido imperativo; 5) que el sujeto que recibe la orden esté en situación de obedecer o desobedecer. Todo esto está implícito en toda orden. En síntesis, tenemos que la orden es un fenómeno interpsicológico que implica un sujeto emisor, un sujeto receptor, una específica comunicación entre ambos y la posibilidad de obedecerla o desobedecerla.

Ahora vamos a ver si las normas comparten o no esos componentes esenciales que hemos encontrado en la descripción de las órdenes. Algunos de los principales argumentos por los cuales descartamos la identidad entre normas y orden, son los siguientes:

1) Por una parte tenemos que, mientras en las órdenes siempre hay un sujeto emisor, en las normas no es así. ¿Cuál es el sujeto emisor de las normas consuetudinarias? Estas normas, por su naturaleza, ni siquiera son expresas, sino que están dadas por la efectiva conducta, por ello mal puede hablarse de un "sujeto emisor" en todo el ámbito del derecho consuetudinario. Si bien se puede argumentar que este Derecho juega hoy un papel reducido, en toda una época de la historia no rigió otra cosa que el derecho consuetudinario, e incluso hoy el derecho internacional público se asienta básicamente en la costumbre.

2) Las órdenes presuponen una relación entre *dos* sujetos, resultando absurdo el acto de darse una orden a sí mismo. Pero, en cambio, es corriente que las normas formuladas por el legislador lo obliguen a él también. Si las normas fuesen órdenes tendríamos que, en esos casos, los legisladores se habrían dado órdenes a sí mismos.

3) Sabemos que la mayoría de las normas generales, por ejemplo, el Código Civil, comprenden, por su duración, a las generaciones venideras, con lo que se estaría ante "órdenes" dadas a sujetos que no nacieron todavía. La asimilación entre norma y orden es insostenible.

4) El requisito de efectiva comunicación y comprensión de la orden en cuanto tal, choca con la regla jurídica según la cual la ignorancia del Derecho no excusa la obligación de cumplirlo.

Esta regla se apoya en una ficción que presume conocida toda norma una vez que se publicó oficialmente, pero ese conocimiento en realidad no existe en la gran mayoría de los casos. Si las normas fuesen órdenes esto implicaría que se deben obedecer órdenes que se desconocen, lo que es absurdo.

Por todo lo visto se advierte que las normas no son órdenes. En algunos casos muy limitados, ciertas normas jurídicas pueden ser formuladas como órdenes. Tales son, por ejemplo, las órdenes del agente de policía, del sargento o del padre en ejercicio de la patria potestad, pero éstos sólo son casos excepcionales en los cuales las normas adoptan la forma de órdenes y ello porque existe una norma que autoriza al que manda a crear normas por medio de órdenes.

La teoría de que las normas jurídicas son órdenes fue sustentada metódicamente por Behtham y la escuela analítica de jurisprudencia, en la que destaca la figura de John Austin. Sostenía esa escuela que las normas jurídicas son órdenes dadas por el soberano, órdenes reforzadas por la amenaza de una sanción para el caso de desobediencia.

A las objeciones que ya hemos visto deben agregarse otras particulares a esta formulación más precisa de la teoría que identifica normas y órdenes. En primer lugar, no existe nada parecido a un "soberano" en el mundo real de la psicología, el cual es el mundo de las órdenes. En el mundo jurídico político es también difícil señalar a una persona a la que convenga la calificación de "soberano". Apenas puede aceptarse que Luis XIV haya pronunciado seriamente su famosa frase: "Yo soy el Estado". Pero en los Estados contemporáneos cuyas constituciones siguen el principio de la división de poderes es, seguramente, imposible señalar un "soberano". En cuanto a la atribución de la soberanía al Pueblo, resulta manifiesto que este soberano no sirve a la teoría que criticamos, puesto que éste no es quien da las supuestas órdenes, sino, más bien, el que las recibe. La atribución de la soberanía a un cuerpo colegiado —como el Parlamento inglés— aparte de ser una notoria ficción, tropieza con la dificultad de atribuir "voluntad" a un cuerpo colegiado.

En lo que se refiere a la "amenaza de una sanción", puede objetarse que no necesariamente, ni siquiera frecuentemente, las normas son acatadas por temor a la sanción.

Finalmente tendríamos que decir, con Hart, que todos los sistemas jurídicos disponen de normas que atribuyen potestades o competencias, normas que no pueden ser consideradas órdenes bajo ningún aspecto.

Debemos por consiguiente rechazar la doctrina de la escuela de Austin sin dejar por ello de reconocer su gran mérito, ya que al propugnar el estudio sistemático y analítico de las "órdenes emanadas del soberano" dio un paso crucial en el sentido de estudiar el derecho positivo —distinguiéndolo claramente de la moral, p. ej.— y adelantándose de este modo al mismo Kelsen.

Desde el punto de vista de la doctrina de Kelsen, podemos decir que la escuela analítica es su antecedente más importante. La norma kelseniana es el producto de la "orden del soberano" austiniana una vez sometida a la purificación antisociológica, cuyo empleo metódico preconiza Kelsen. La teoría de la primera constitución y de la norma fundamental se relaciona de la misma manera —aunque algo más sutilmente— con la noción austiniana de "soberano".

En honor a la verdad, y para hacer justicia a Austin y su escuela, tenemos que admitir que su tesis básica —no obstante las críticas acertadas que hemos reproducido— conserva una vitalidad sorprendente.

Por una parte el mismo Kelsen, al distinguir entre "regla de Derecho" y "norma" y caracterizar a esta última como "orden despsicologizada", ha desandado en buena parte el camino de sus primeras y grandes aportaciones. Estos desarrollos que al menos merecen calificarse de débiles —cuando no francamente incoherentes— dentro de la teoría kelseniana (¿quién despsicologiza a las órdenes? ¿acaso la ciencia jurídica?) sugieren el camino de volver a Austin, que al menos tenía la virtud de la coherencia.

Entendemos que Alf Ross, al considerar a las normas como "directivas", ha recorrido ya más de la mitad de ese camino de "vuelta a Austin". Las "directivas" son un género que comprende la especie "órdenes", así que Ross resulta ser una ampliación, no más, de Austin. También en Ross se da, como en Austin, una separación entre aquellos que reciben las órdenes o directivas y aquellos que las dan. Ross —que no se desentiende cómodamente, como Kelsen, del trámite real de la vigencia y busca sus raíces en la motivación psicosocial— encuentra, efectivamente, que por un lado las normas constituyen la expresión de la ideología de la cual participan algunos grupos —digamos funcionarios, grupos dominantes, etc.— en tanto que por otro lado ellas son cumplidas por el resto de la comunidad en virtud de la amenaza de la sanción y que ambos aspectos son necesarios para configurar la vigencia de las normas. Vemos, sutilizada, la construcción de Austin (súbdito-soberano) que es, en definitiva, integrante de la noción misma de la orden (emisor-destinatario).

13.4.2. Las normas como juicios o proposiciones. Problemática de lo mentado por tales juicios y de una relación gnoseológica no descriptiva

Al rechazar la respuesta del sentido común nos enfrentamos nuevamente con la pregunta sobre qué son las normas. Kelsen, ya en su primer trabajo importante, sugirió la respuesta: las normas son proposiciones, son juicios. Él, en su *Problemas Fundamentales del Derecho Político desplegados a partir de la Teoría de la Proposición Jurídica*, destaca el carácter de proposiciones de las normas y las toma como punto de partida para una teoría del Estado. Además de ello, Kelsen realizó la formalización de la proposición jurídica que hemos visto en el punto anterior. La primera posición de Kelsen con respecto al ser de las normas es clara y satisfactoria: las normas son proposiciones, son juicios.

Siendo las normas juicios se plantea la problemática de cuál es el objeto mentado por ese juicio. Desde Husserl es bien sabido que "toda expresión no sólo dice algo, sino que también lo dice acerca de algo; no tiene sólo su sentido, sino que se refiere también a algunos objetos" [19]. Por ello es completamente lícita y necesaria la pregunta por el objeto al cual se refieren esas proposiciones o juicios que serían las normas jurídicas.

Cuando a Kelsen, que en principio aceptaba que las normas eran proposiciones o juicios, se le planteó este interrogante, respondió modificando su concepto sobre el ser de la norma. Esta modificación, a nuestro juicio incorrecta, se verá en el punto siguiente.

La escuela egológica se hace cargo de la pregunta por el objeto mentado por la norma, respondiendo que ese objeto es la conducta. Lo que hemos visto en el capítulo precedente sobre la conceptuación de la conducta adelanta el fundamento de esta respuesta. Si la conducta es la libertad metafísica fenomenalizada, las normas son los juicios adecuados para conceptualizar esa libertad. "La conducta en su libertad se ofrece a la intuición como un objeto de conocimiento y la norma como pensamiento es una significación que menta este objeto [20].

Cabe ahora preguntarnos cuál es la relación que se establece entre esos conceptos que son las normas y su objeto mentado que es la conducta. ¿Acaso las normas describen la conducta como el concepto "negro" describe el color de cierto objeto?

Parece claro que las normas no describen la conducta (esto correspondería a un relato) y de allí que se haya sostenido que las normas no son

[19] HUSSERL, E., *Investigaciones...*, cit., T. II, pág. 53.

[20] COSSIO, C., *Teoría...*, cit., 2ª ed., pág. 216.

susceptibles de verdad o falsedad y que no son, por lo tanto, proposiciones, sino, por ejemplo, "prescripciones" (Von Wright) o "directivas" (Alf Ross). Sin embargo, esta consecuencia parece imponerse solamente *si* se acepta el supuesto de que las normas son las expresiones del legislador y se toman como punto de partida estas expresiones.

La perspectiva egológica sobre el punto es distinta, ya que para ella la norma es originariamente parte de la conducta misma: su sentido o significado como proyección o programación coexistencial. Como programación este sentido de la conducta comunitaria puede estar más o menos explícito en "normas" como expresiones del legislador (ordenamiento jurídico) y en la medida en que el juez tiene por misión adelantar el proyecto comunitario programándolo para las partes y para él mismo, en el caso concreto las "normas" adelantadas por el legislador funcionan como preceptos mediante los cuales él debe conocer su propia conducta y la de las partes para crear la programación comunitaria en el caso. Hay pues, *conocimiento y creación imbricados*.

La norma conceptúa la conducta asignándole cierto sentido. Cuando se quiere conocer jurídicamente ese dato de experiencia que es la conducta, se lo debe conceptualizar normativamente. Así, se puede decir que la ciencia del Derecho no conoce normas, sino que "conoce conducta mediante normas". La norma es el sentido jurídico de ese objeto egológico que es la conducta.

13.4.3. Norma y regla de Derecho en Kelsen. Las normas como órdenes "despsicologizadas"

Los trabajos de Kelsen, hasta 1941, dejaban entrever con claridad que él consideraba a las normas como proposiciones. En ese año publica un ensayo que se llama *La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica*, en el cual hace una distinción entre "normas" y "reglas de Derecho", que lo va a llevar a dejar de lado la caracterización de las normas como proposiciones.

Esta distinción, que data de 1941, se actualiza en forma pronunciada en 1949, cuando Kelsen viene a la Argentina y dialoga con el pensamiento egológico. La escuela egológica había aceptado en forma estricta que las normas eran proposiciones y yendo aún más allá, había señalado el objeto mentado por esas proposiciones: la conducta. La egología, frente a Kelsen, pregunta: "Si las normas son proposiciones ¿cuál es el objeto mentado por ellas?". Si Kelsen hubiera respondido consecuentemente que el objeto mentado era la conducta, la teoría pura y la egología, hubiesen coincidido en lo fundamental.

Pero él no da esa respuesta, sino que se rectifica diciendo que, en realidad, las proposiciones son las "reglas de Derecho" y no las normas. Estas reglas de Derecho son las formulaciones que hace la ciencia jurídica *sobre* las normas, ellas describirían en forma sistemática y ordenada las normas jurídicas. Así, si una norma dice "el que matare a otro será penado con ocho años de prisión", corresponde a la ciencia jurídica "traducir" esa prescripción a una regla de Derecho o proposición jurídica, que diría: "si una persona imputable provoca la muerte de otro sin que exista legítima defensa u otro eximente de pena, debe ser que sea sancionado con ocho años de prisión". En realidad se trata de una sustitución de un verbo en el futuro del indicativo "será" penado, por el verbo "debe ser". Con ello se duplica en forma innecesaria la misma expresión (llamémosla *enunciado normativo*). Pero, ¿qué es la norma? ¿Acaso el sentido de ese enunciado, sentido más confuso en el acto del órgano y más claro en la regla de Derecho que da la ciencia?

Esta distinción kelseniana es de gravedad puesto que, si las normas son proposiciones que se refieren a la conducta, el objeto que estudia la ciencia del Derecho va a ser esa conducta, y la ciencia jurídica va a ser una ciencia de experiencia. En cambio, si se adopta la distinción entre regla de Derecho y norma, resulta que la ciencia jurídica va a limitarse a estudiar sólo los sentidos de prescripciones. Y una ciencia que se limita a estudiar sentidos no es una ciencia de experiencia (a menos que digamos que estudiará no las puras "órdenes despsicologizadas" o expresiones normativas, sino las órdenes mismas. Pero entonces recaemos en Austin o en Ross).

Por los resultados de la ontología jurídica realizada, sabemos que el Derecho es la conducta en interferencia intersubjetiva. Esto ya nos basta para rechazar la construcción kelseniana sobre la norma y la regla de derecho.

Pero el desvío provocado por esa distinción entre regla de derecho y norma no concluye allí. Si lo que en realidad constituyen las proposiciones son las reglas del Derecho y no las normas, cabe volver a preguntar qué son las normas. Ante esta pregunta, y para no contrariar la distinción realizada, Kelsen responde que las normas son las creaciones de la autoridad u órganos societarios. Pero como esta respuesta sólo habla de la procedencia de las normas y no de su ser o consistir, Kelsen termina diciendo que las normas son "órdenes despsicologizadas".

Hemos visto ya que las órdenes son un fenómeno interpsicológico, por lo cual sostener que las normas son "órdenes despsicologizadas" es igual que afirmar que son un "círculo rectangular" o un bastón que carece de extremos. La respuesta de Kelsen es puramente verbalista y desconcertante.

Incluso la afirmación que sostiene que las normas son aquellas creaciones de los órganos autorizados del Estado y que las reglas de Derecho describen lo que los órganos del Estado hacen, crea varias perplejidades. Por un lado, es evidente que el tema sobre quiénes son los órganos autorizados a hacer normas no es un tema a-jurídico, sino que es un tema jurídico, por lo cual la ciencia del Derecho tiene que decir cuáles son esos órganos y de dónde proviene su aptitud para formular normas. Pero, como la afirmación kelseniana hace comenzar el tema jurídico a partir de la norma y define a éstas como las creaciones de ciertos órganos, obviamente no va a poder hacerse cargo de una forma satisfactoria de la pregunta por esos órganos autorizados a crear normas.

Por otra parte, es insatisfactoria la postura que asigna a la ciencia del Derecho un papel de mera repetidora de aquello que dijo el legislador. Todo aquel que ha tenido contacto con una obra jurídica ha visto que la ciencia del Derecho no se limita a decir que en cierta fecha se promulgó tal o cual ley, y que en otra fecha se promulgó otra ley que complementa o se opone a la primera. Lo que se ve en toda obra jurídica es una búsqueda, entre la diversidad de normas, de cuál es la que da sentido a ciertos casos planteados en forma real o por hipótesis. Esta tarea de buscar un sentido jurídico es muy distinta de la mera repetición o reiteración de las normas [21] (v. *supra* 8.2.3.).

Probablemente lo que Kelsen quiso decir, o aquello a lo cual apuntó sin decirlo expresamente, es lo que ha dicho claramente Von Wright. Este autor es el fundador de una rama de la lógica que propone denominar "lógica deóntica", es decir, lógica del deber ser.

Von Wright hace un análisis de las expresiones y encuentra que, por lo menos, hay dos tipos de expresiones: las descriptivas y las prescriptivas. Las expresiones descriptivas son las que sirven para las ciencias y son susceptibles de ser verdaderas o falsas. Y esto es así porque es posible comparar cualquier expresión descriptiva con el acontecimiento de un hecho; si expresión y hecho concuerdan, la primera será verdadera, si no concuerdan será falsa. Así, si afirmo: "este paquete de cigarrillos es rojo" podemos comparar el hecho (o paquete de cigarrillos) con mi enunciado sobre él para determinar la verdad o falsedad de la expresión. Pero hay otras expresiones que no son descriptivas, sino que son "prescriptivas".

[21] La objeción vale también para Ross, quien con mayor coherencia que Kelsen, y en tanto preconiza una tarea puramente descriptiva para la ciencia del Derecho, entiende que ésta describe el material normativo de un país cualquiera mediante proposiciones (no reglas de Derecho, sino proposiciones propiamente dichas) del tipo de: "En el país X rige la norma D", pero es claro que así la ciencia jurídica pasa a ser una parte de la sociología.

Éstas no son susceptibles de ser verdaderas o falsas porque nada describen. El hecho de que algo ocurra o no, no es la verdad ni la falsedad de la expresión que dice que ese hecho "debe ocurrir".

Retomando la posición de Kelsen, si en una orden cualquiera abstraemos lo psicológico que hay en ella nos va a quedar una pura expresión. Así, de la orden del padre: "cierra esa puerta", dirigida al hijo, una vez que abstraemos el padre, la voluntad, el hijo, la comunicación, etcétera, nos queda el enunciado: "cierra esa puerta". Esta expresión no es igual a la que dice "la puerta está cerrada". Mientras que ésta es susceptible de verificación, aquélla no lo es.

En esta concepción las normas van a ser enunciados prescriptivos. Esta corriente, que es la más moderna, debe aún afrontar investigaciones de importancia puesto que está todavía en pleno despliegue.

La otra alternativa que se nos ofrece en este tema es la que brinda la egología. Para la teoría egológica las normas mentan un objeto, son conceptos que hacen referencia a un objeto muy especial: la libertad fenomenalizada (o sea, la conducta). Por ello hay posibilidad de constatar si las normas son verdaderas o no. Una norma será verdadera cuando dé efectiva cuenta del sentido jurídico de la conducta a la cual se refiere. Por la misma razón, será falsa cuando no brinde el sentido jurídico de la conducta en cuestión.

Dentro de la escuela egológica, además del planteo cossiano estricto que sostiene que las normas son el pensamiento de la conducta, se ha insinuado últimamente por obra del autor la idea de que las normas son parte de la proyección-programación comunitaria [22]. Esta idea trata por una parte de superar algunas dificultades en la concepción de la norma como puro pensamiento —vinculado siempre a la expresión y el lenguaje— (piénsese, p. ej., en la objeción que a esto le plantea el derecho consuetudinario), y por otra parte superar dificultades, al menos didácticas y de exposición, en la noción cossiana de que la conducta se integra con el pensamiento de sí misma. En este mismo capítulo hacemos uso de la noción de proyecto-programación comunitaria para esclarece el concepto fundamental de "deber".

[22] GOTTHEIL, J. - VILANOVA, J. y otros, *Seminario...*, cit.; VILANOVA, J., *Proyecto...*, cit.

13.5. Estructura lógica de los enunciados normativos generales [23]

13.5.1. Las normas como juicios categóricos, como juicios hipotéticos (Kelsen) y como juicios disyuntivos (Cossio)

No es necesaria una previa definición entre las doctrinas que ven a la norma jurídica como una proposición y las que la conciben como una prescripción para emprender la siguiente investigación sobre la sintaxis de las normas.

Hemos visto que para el saber o el sentido común las normas son imperativos. Estos imperativos, en cuanto expresión, tienen una estructura *categórica* (tal como los consideró Kant para la ética en general). Esta consideración nos remite a la formalización que hizo la lógica clásica. Ella formaliza, por ejemplo, el juicio "el perro es negro" con los símbolos "S es P" donde "S" es el sujeto, "P" el predicado y "es" es la cópula que une a sujeto y predicado. Esta forma —"S es P"— es la unidad mínima del pensamiento, es la estructura más simple de los juicios. Cuando se estudian dentro de la lógica tradicional, los juicios son clasificados "por su relación" en categóricos, hipotéticos y disyuntivos. El juicio cuya forma es "S es P" es un juicio categórico, porque la verdad que enuncia no está opuesta en relación con la verdad de ninguna otra proposición. De esta manera las normas, los imperativos éticos, dirían en consecuencia: no debes matar, no debes robar, etcétera.

Al tratar el tema de las normas éticas y técnicas hemos formulado una crítica a la concepción kantiana mostrando que toda norma general es hipotética, ya se trate de una norma técnica, donde la condición es una aserción o afirmación de una decisión de la voluntad (si quieres esto, haz esto otro), ya se trate de una norma ética —sea jurídica o moral—, donde la condición es la situación dada a la libertad como punto de partida para la proyección-programación de su propio futuro.

En lo que se refiere a las normas éticas deberíamos decir que la determinación deóntica (debes hacer esto, te está permitido hacer lo otro, etc.) se encuentra siempre relacionada con una situación de hecho, es decir, en forma explícita o implícita con una descripción de hechos (que constituyen la situación dada a la libertad como punto de partida). Vale decir que toda norma es explícita o implícitamente un compuesto de una expresión óntica o descripción (proposición) y de una expresión deóntica (prescripción), donde la última señala a la libertad un camino dado tomando en consideración la situación de hecho descripta en la primera parte. La norma alcanzaría, pues, expresión en una estructura molecular en la cual la decisión indicada a la libertad aparece relacionada o condicionada por una representación de la situación dada.

En cuanto a qué serían enunciados deónticos desvinculados de toda descripción de un estado de hecho (expresión óntica), como serían los "imperativos categóricos" de los que hablaba Kant, debemos advertir que se presentan dos alternativas: la primera, que ya hemos visto, es aquella en la cual la descripción de la situación de hecho viene dada implícitamente. O, en otros términos: la situación sería asumida siempre por la libertad, y en estos casos tal asunción vendría dada en forma pretemática, de tal modo que la expresión normativa la contendría siempre, haciéndose manifiesta sólo cuando se hiciese tema aquello que viene dado pretemáticamente. La segunda forma es considerar esas expresiones desvinculadas aun de la asunción pretemática de la situación. En este caso no se trataría en rigor de una norma sino de una expresión de deseos o, si se prefiere, de la afirmación de un puro ideal o valor. Sería el deber ser axiológico del cual habla Cossio. En el capítulo sobre Axiología mostraremos que esta afirmación de un puro deber no situacionado contiene un elemento ideológico o utópico, ya que desatiende una verdad fundamental mostrada

[23] En contra de la primitiva concepción de Kelsen (y también de Cossio) se ha señalado, por ejemplo, por Ross, Alf —*Hacia una Ciencia Realista del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, págs. 109-111—, que si bien las normas son expresiones con sentido idiomático, construidas de acuerdo con las reglas de la sintaxis, ellas no son, sin embargo, proposiciones en sentido lógico, ya que, tal como formas idiomáticas como "¡hurra!", ellas no pueden ser desprendidas del complejo de circunstancias de las que forman parte. Como las expresiones en modo imperativo, con las que tienen gran semejanza, las normas pueden y deben ser vistas como expresiones de algo (las vivencias psicológicas del legislador, p. ej.), pero no como significaciones referentes a algo.

Sin desconocer la parte de verdad que encierra el argumento de Ross, que impide considerar las normas como puras proposiciones (descriptivas), y en este sentido rechazan los predicados de "verdadero" y/o "falso", no podemos silenciar que el argumento, en la forma en que se lo presenta, parece exagerar las diferencias (entre normas y proposiciones descriptivas) llegando a conclusiones inadmisibles.

A diferencia de las expresiones como "¡hurra!", tanto en las normas como en los imperativos encontramos un núcleo significativo que nos remite a una realidad exterior a la expresión misma. "Cierre la puerta", p. ej., además del modo imperativo, contiene un núcleo significativo que de algún modo alude a la acción de cerrar la puerta. Para nuestro propósito es suficiente aquí destacar que el aspecto significativo que se da en las normas permite y exige un estudio lógico sobre las mismas, además del psicosocial que autoriza su carácter de expresiones cuando se dan, p. ej., como actos de órganos estatales. Ya se considere a las normas —como hace Cossio— como proposiciones que se refieren a un "objeto" muy peculiar como es la libertad, donde los valores de verdad y falsedad se darían en forma muy distinta a como se dan en el campo de la necesidad, o ya se niegue esa posibilidad y se las considere —como hace Von Wright— prescripciones, en ambos casos se justifica el estudio del aspecto lógico involucrado.

por la analítica fenomenológico-existencial: que la libertad se da siempre en situación (una situación concreta y determinada). Usualmente, ese ingrediente ideológico constituye una reificación. El ingrediente utópico, en cambio, puede aparecer como categoría de futuridad, ya que expresa el propósito de cambiar la situación hasta que el ideal pueda afirmarse ya como norma. Tal sería, por ejemplo, un enunciado deóntico del tipo "todos los hombres deben ser tratados como si fuesen iguales".

Los juicios hipotéticos son aquellos en los cuales la verdad que se afirma está supeditada a la verdad de un antecedente. Así, si digo: "si pago el precio en el tiempo convenido, entonces me entregan el auto que elegí", vemos que en él la entrega del auto elegido está supeditada a que ocurra el pago en el término pactado. Formalizando un juicio hipotético, su estructura sería: "Si Q es R, entonces S es P". En ella vemos que aparece la estructura básica del juicio "S es P", pero ella está relacionada como consecuente del juicio "Q es R". En el juicio hipotético la verdad del juicio consecuente está relacionada con la del juicio antecedente o condición. No está puesta pura y simplemente como en el juicio categórico.

Como la proposición jurídica es para Kelsen un juicio hipotético, su estructura va a ser, naturalmente, la de este tipo de juicios. Por ello Kelsen da como forma general la siguiente: "Si A es, B debe ser" (si la transgresión es —ocurre—, entonces la sanción deber ser). Esto a simple vista resulta convincente, puesto que sabemos que la norma jurídica supedita la aplicación de la sanción a que ocurra la transgresión.

El juicio disyuntivo es aquel en el que hay una alternativa entre dos posibilidades. La forma es: "S es P o Q es R".

En el juicio disyuntivo también tenemos en rigor siempre dos proposiciones y la verdad de una va a estar en relación con la verdad o falsedad de la otra. Tampoco aquí la verdad de la proposición elemental "S es P" está puesta pura y simplemente, como ocurre en el juicio categórico.

Cuando Cossio critica la estructura de la norma jurídica que dio Kelsen lo hace, como lo hemos visto en el punto precedente, sobre la base de que ella no contempla el cumplimiento espontáneo de los deberes jurídicos, la prestación voluntaria no está contemplada por la forma kelseniana de la norma jurídica. En su reemplazo Cossio propone, por consiguiente, una forma disyuntiva en la cual el primer juicio de la disyunción contempla la prestación (endonorma), y el segundo contempla la transgresión y la aplicación de la sanción (perinorma). Así, la norma jurídica presenta dos únicas alternativas excluyentes. La forma de ese juicio disyuntivo que propone Cossio es: "Si H es, entonces debe ser P, o si no-P es, entonces debe ser S".

Tanto la respuesta de Kelsen como la de Cossio resultan insuficientes. Ambos trabajaron basándose en la formalización según la lógica aristotélica y hoy, frente a las investigaciones de la lógica moderna, esa lógica clásica ha quedado superada. En particular el tema de la clasificación tripartita de los juicios por su relación ha sido superada por lo que se denomina "lógica proposicional". Éste constituye afortunadamente el capítulo más acabado de la lógica y, probablemente, de todo el conocimiento.

13.5.2. Aportes de la lógica simbólica proposicional y relativización de esos modelos de juicios

Antes de proseguir nuestra investigación sobre la norma jurídica tenemos que ver algunos elementos del cálculo proposicional, puesto que vamos a necesitar de él en este desarrollo.

En la lógica proposicional se simboliza cualquier juicio con una letra. Así "p", "q", "r", etcétera, simbolizan, cada una de ellas, una proposición diferente. Por ejemplo, podemos expresar formalmente el juicio "el cenicero es negro" con la letra "p", "la mesa es grande" con la letra "q", etcétera. Esto nos brinda ya una ventaja inmensa sobre la simbolización a medias (S es P) de la lógica tradicional.

Cada uno de los juicios simbolizados por las letras "p", "q", "r" (denominadas "variables proposicionales") es una proposición "atómica"; y la composición de dos o más proposiciones atómicas conforma una proposición "molecular". La forma en la cual se relacionan las proposiciones atómicas para dar diversas estructuras moleculares es estudiada por el capítulo proposicional o lógica de las proposiciones.

Hay diversas maneras de relacionar proposiciones atómicas para formar proposiciones moleculares. Examinando algunos ejemplos y su formalización, vamos a establecer las "conectivas" lógicas que unen a estas proposiciones atómicas. De esta forma depuraremos de su ambigüedad a las conjunciones que cumplen esta función en el lenguaje y vamos a preparar el camino para aplicar estas nociones al mundo de la normas jurídicas.

Partiendo de dos proposiciones atómicas "p" y "q", podemos unirlas y decir: "p y q". Un ejemplo de este tipo de proposición: "el perro es vertebrado e inteligente". Un símbolo para esta clase de conectiva es "." y se denomina *conjunción* (*et*). La proposición molecular "p . q" resulta verdadera solamente en el caso en que lo sean cada una de la proposiciones atómicas que la integran.

Podemos agrupar "p" y "q" en la alternativa "p *o* q". Por ejemplo: "prohibido sacar la cabeza o los brazos por la ventanilla". O también: (Ticio es un inquilino pudiente porque) Ticio tiene una renta mensual de $ 50.000

o (y/o) tiene un capital de $ 1.000.000. Un símbolo de esta conectiva es: "v" y se denomina *disyunción inclusiva* (*Vel.*). Nótese que en el caso de que sean ciertas las expresiones simbolizadas con "p" y "q" (o sea, que Ticio tenga simultáneamente la renta de $ 50.000 y el capital de $ 1.000.000) no se cae en la falsedad de la expresión molecular. Solamente en el caso de que ambas proposiciones atómicas sean falsas resulta falsa la proposición molecular formada con la disyunción inclusiva (v).

Podemos también decir nuevamente "p *o* q", pero con un significado lógico diferente. Por ejemplo, en el juicio "hoy iremos al teatro o iremos al cine". Se advierte en él una diferencia con el caso mencionado precedentemente: las alternativas planteadas están puestas en forma excluyente: o bien será una, o bien la otra, pero no ambas. Ésta es la *disyunción exclusiva* (*aut*), y su símbolo usual es "w". Resulta falsa la proposición molecular si ninguna de las proposiciones atómicas que la integran es verdadera y también si ambas son verdaderas simultáneamente (p. ej., si fuésemos al cine y al teatro esa noche).

Si decimos: "si X es gitano, entonces es mentiroso" estamos relacionando condicionalmente la proposición atómica "q" (que X sea mentiroso) con la proposición "p" (que X sea gitano). Esta expresión: "Si p, entonces q", se simboliza así "p ⊃ q", siendo "⊃" la conectiva que se denomina *condicional* o implicación material (*sequitur*). Es de destacar en nuestro ejemplo que estamos hablando solamente de una de las varias posibilidades indefinidas que hacen que X resulte ser mentiroso. Por ello si X es francés y mentiroso nuestra proposición condicional no será falsa, puesto que no dijimos que únicamente si era gitano iba a ser mentiroso. Sólo hicimos alusión a una de las posibilidades sin excluir por ello las demás, en cuyo caso nuestra expresión molecular será verdadera. Solamente resultará falsa en el caso de que el antecedente sea verdadero y el consecuente sea falso (X es un gitano veraz).

Conviene advertir acá que la implicación material es la conectiva que emplean las ciencias naturales. Así, por ejemplo, diremos "si es un león, entonces es carnívoro" (lo que no excluye que otros animales también lo sean); "es agua, entonces hierve a 100°", etcétera.

Si decimos: "si apruebas el curso (y solamente si lo apruebas) te regalaré una bicicleta", estableceremos entre antecedente y consecuente una relación que se denomina *bicondicional* o bicondicional material (*æquivalentia*). Ella expresa: "si p, y sólo si p, entonces q", y su usual símbolo es "p ≡ q", siendo "≡" la conectiva. A diferencia del condicional en esta conectiva, si "p" es verdadera y *únicamente* si lo es, "q" va a ser verdadera. La proposición molecular resulta así verdadera en dos casos: cuando antecedentes y consecuente son ambos verdaderos o cuando son ambos falsos. En los dos casos restantes la proposición resulta falsa.

13.5.3. Tablas de verdad

Estas tablas permiten establecer la verdad o falsedad de las proposiciones moleculares en función exclusiva de la verdad y falsedad de las proposiciones atómicas que las integran. Se construyen haciendo un cuadro a la izquierda del cual, y en columnas separadas, se coloca cada una de las variables proposicionales con la que se va a formular la expresión molecular. La expresión molecular se coloca a la derecha de la tabla y se asignan valores de verdad o falsedad a las variables proposicionales hasta agotar todas las combinaciones posibles. Luego se determina la verdad o falsedad de la proposición molecular para cada una de las combinaciones de verdad o falsedad de sus componentes. Por razones de claridad, en todos los casos pondremos un ejemplo y luego analizaremos su verdad o falsedad en cada una de las diversas posibilidades.

Ejemplo: "El perro es negro y (el perro) es inteligente".

Primera posibilidad: el perro no es negro (p. es V) y es inteligente (q es V). La conjunción es verdadera.

Segunda posibilidad: el perro no es negro (p. es F) pero sí es inteligente (q es V). La expresión es falsa.

p	q	p . q
V	V	V
F	V	F
V	F	F
F	F	F

Tercera posibilidad: el perro es negro (p es V) pero no es inteligente (q. es F). La expresión es falsa.

Cuarta posibilidad: el perro no es negro (p es F) ni es inteligente (q es F). La conjunción es falsa. Analizando la tabla de verdad de la conjunción advertimos que ella es verdadera solamente cuando "p" y "q" son verdaderos.

Disyunción inclusiva

Ejemplo: "Ticio tiene una renta mensual de $ 50.000 y/o tiene un capital de $ 1.000.000".

1) Ticio tiene la renta (p es V) y tiene el capital (q es V). La proposición es verdadera.

2) Ticio no tiene la renta (p es F), pero sí tiene el capital (q es V). La expresión se verdadera.
3) Ticio tiene la renta (p es V), pero no tiene el capital (q es F). La expresión es verdadera.
4) Ticio no tiene la renta (p es F) ni tiene capital (q es F). La expresión es falsa. La disyunción inclusiva es falsa solamente cuando "p" y "q" son ambas falsas.

p	q	p v q
V	V	V
F	V	V
V	F	V
F	F	F

Disyunción exclusiva

Ejemplo: "Esta noche vamos al teatro o (esta noche) vamos al cine" (pero no a ambos).
1) Vamos al teatro (p es V) y vamos al cine (q es V). La expresión es falsa.
2) No vamos al teatro (p es F) pero vamos al cine (q es V). La expresión es verdadera.
3) Vamos al teatro (p es V) pero no vamos al cine (q es F). La expresión es verdadera.
4) No vamos al teatro (p es F) ni vamos al cine (q es F). La expresión es falsa.

p	q	p w q
V	V	F
F	V	V
V	F	V
F	F	F

Condicional

Ejemplo: "Si Pedro es gitano, entonces (Pedro) es mentiroso".
1) Pedro es gitano (p es V) y es mentiroso (q es V). La expresión es verdadera.
2) Pedro no es gitano (p es F) pero es mentiroso (q es V). La expresión es verdadera, puesto que no hemos dicho que "únicamente" si es gitano va a ser mentiroso.

3) Pedro es gitano (p es V) pero no es mentiroso (q es F). La expresión es falsa.

p	q	p ⊃ q
V	V	V
F	V	V
V	F	F
F	F	V

4) Pedro no es gitano (p es F) ni mentiroso (q es F). La expresión es verdadera puesto que no resulta falsa si Pedro es, por ejemplo, un vasco veraz.

Bicondicional

Ejemplo: "Si apruebas el curso (y únicamente si lo apruebas) te regalaré una bicicleta".
1) Él aprueba el curso (p es V) y yo le regalo la bicicleta (q es V). La expresión es verdadera.
2) No aprueba el curso (p es f) y yo le regalo la bicicleta (q es V). La expresión es falsa, puesto que afirmé "*únicamente* si lo apruebas te regalaré una bicicleta".

p	q	p ≡ q
V	V	V
F	V	F
V	F	F
F	F	V

3) Aprueba el curso (p es V) y yo no le regalo la bicicleta (q es F). La expresión es falsa.
4) No aprueba el curso (p es F) ni yo le regalo la bicicleta (q es F). La expresión es verdadera.

Con los elementos de lógica proposicional que hemos visto podemos hacer ahora el análisis del aspecto lógico que está involucrado en las normas jurídicas.

Si reflexionamos sobre las tablas de verdad advertimos que ellas definen las distintas conectivas; según los valores de verdad o falsedad que tome una proposición molecular integrada por dos proposiciones atómi-

cas, va a tratarse de una u otra conectiva la que va a estar vinculando a las proposiciones atómicas mencionadas.

13.5.4. Aclaración y superación del modelo kelseniano

Retomando el tema de la norma jurídica, lo primero que advertimos es que tanto Kelsen como Cossio realizaron su investigación prescindiendo del aporte que la lógica moderna ha hecho. Por ello debieron actuar un tanto intuitivamente y realizaron una formalización que hoy, a la luz de las investigaciones sobre el cálculo proposicional, resulta insuficiente.

Tomemos la fórmula que propone Kelsen. Ella dice "Si A es (entonces), B deber ser" y refiriéndose a ella Kelsen *explica que la sanción (B) está "imputada" a cierto antecedente (A)*. Pero, si como sostiene la lógica proposicional, la relación de los juicios no está dada entre los términos (entre sujeto y predicado) sino que se establece entre las proposiciones, *resulta que la palabra "imputación" alude a dos problemas distintos*. Por un lado, hace referencia a la estructura condicional que aparece a primera vista en la norma (el: "Si..., entonces..."); por el otro, se refiere a la modalización de la sanción: ella *debe ser*. El problema del condicional es sintáctico, el del deber ser es semántico y a la postre deóntico. Aquél está vinculado con el tema del pensamiento formalmente válido, éste con el carácter deóntico de la conducta. Cuando se lee a Kelsen se lo encuentra claro y convincente y, generalmente, no se advierte esta doble alusión que esconde la palabra "imputación". Esto mismo se repite en la norma que propone Cossio.

Para poder hacer un análisis proposicional de la norma tenemos que utilizar una simbología que ponga de manifiesto la diferencia entre el problema sintáctico y el deóntico. Propongo la letra "t" para designar la ocurrencia efectiva de la transgresión; la letra "s" para la sanción, y el símbolo "D" para designar el carácter deóntico.

Como este carácter en la norma que estamos analizando afecta solamente a la sanción, tenemos por lo tanto dos variables proposicionales, "t" y "Ds". Debemos determinar cuál es la conectiva que une a estas variables proposicionales, Lo haremos construyendo la tabla de verdad de la norma jurídica y fijándonos a cuál de las conectivas posibles corresponde [24].

[24] Se ha reprochado el uso de tablas de verdad para las normas, dado que éstas no pueden ser verdaderas o falsas, sino, a lo más, válidas o inválidas, conformes a Derecho o contrarias a Derecho. El reproche entiendo que no da en el blanco, pues podemos perfectamente hablar de la validez o invalidez de las normas —en lugar de hablar de su verdad o falsedad— sin alterar para nada las relaciones puramente sintáctico-formales entre "t" y "Ds", que son las que aquí nos interesa estudiar. La ciencia jurídica deberá declarar a una sentencia inválida, o contraria a Derecho si, por ejemplo, un juez declara que efectivamente no ha ocurrido transgresión alguna, no obstante lo cual decide aplicar una sanción. Y esta invalidez de esta descabellada sentencia viene determinada *a priori*, por las relaciones sintáctico-formales entre "t" y "Ds" que estamos aquí estudiando.

La fórmula kelseniana "Si A es, entonces B debe ser" la hemos formalizado así: "t (?) Ds". Y colocamos un signo de interrogación entre ambas variables proposicionales porque aún no sabemos cuál es la conectiva que las une. La respuesta a este interrogante debemos buscarla por un análisis de los pronunciamientos que para las distintas hipótesis nos va a dar la ciencia jurídica. De este modo habremos puesto de manifiesto la estructura de la norma (la regla de Derecho o proposición jurídica) con la cual el jurista piensa su dato.

Construyamos ahora la tabla de verdad de una norma jurídica así formalizada.

1) Si la transgresión ocurre (t es V) y el juez asume que la sanción debe ser (Ds es V), la ciencia jurídica aprueba la sentencia como correcta.
2) Si la transgresión no se comete (t es F) y el juez asume que la sanción debe ser (Ds es V) la ciencia critica la sentencia como errónea. Diríamos *a priori* que es una sentencia contraria a Derecho por no conformarse a la estructura formal necesaria de la relación entre t y Ds.

t	Ds	t ? Ds
V	V	V
F	V	F
V	F	F
F	F	V

3) Si la transgresión se comete (t es V) y no se asume que el transgresor debe ser sancionado (Ds es F), la sentencia es igualmente errónea *a priori*.
4) Si la transgresión no se comete (t es F) y se asume que no debe aplicarse ninguna sanción (Ds es F), la sentencia es correcta.

Construida la tabla de verdad de la norma vemos que coincide con la tabla de verdad del bicondicional. O sea, que la conectiva que relaciona a "t" y "Ds" es el bicondicional. La forma lógica de la proposición kelseniana sería, pues:

$$t \equiv Ds$$

(la sanción debe ser cuando y solamente cuando ocurre la transgresión).

En otros términos: la estructura lógica de la norma jurídica general que hemos puesto de manifiesto establece una relación necesaria entre los conceptos "sanción", "transgresión" y "debe ser". Esa relación se expresa diciendo, por ejemplo, que "la sanción debe ser si ocurre la transgresión y solamente en ese caso". Cualquier regla de Derecho suministrada por la ciencia jurídica o cualquier "norma" (imperativo) emanada de un órgano del Estado autorizado para dictarla, no sería en verdad regla de Derecho o norma alguna —por violación de esa estructura lógica— si expresara para esos conceptos puros ("sanción" y "transgresión") una relación distinta a la puesta de manifiesto.

Al mismo resultado —una relación necesaria entre transgresión y sanción— puede llegarse, por cierto, tal como aparentemente lo hace Kelsen, por vía de una definición, diciendo, "llamo transgresión a todo acto al cual le está imputada una sanción (y llamo sanción a un mal infligido por un órgano del Estado)". Sin embargo, esta doctrina kelseniana, básicamente correcta, se hace merecedora de dos observaciones: 1) la voz "imputada" contiene una ambigüedad que debe precisarse en el sentido explicado precedentemente, pues "imputada" se refiere tanto al carácter deóntico (debe ser) de la sanción como a la relación en que ella —con tal carácter deóntico— está puesta con la transgresión (bicondicional y no mero condicional, como puede malinterpretarse a Kelsen); 2) el intento kelseniano de hacer a la sanción una variable independiente y arrancar de una definición de la sanción para después definir en función de la misma la transgresión (y el resto de los conceptos puros) está condenado al fracaso, como veremos más adelante con mayor detenimiento. Adelantemos sin embargo lo siguiente: a) se mueve en un círculo vicioso: la norma jurídica es la que establece una sanción —que es un mal infligido por un órgano del Estado— y el Estado es definido como un ordenamiento jurídico centralizado, es decir, como un conjunto de normas jurídicas; b) no se hace cargo de los casos en que los órganos del Estado infligen males pero sin el sentido de ser sanciones (cuarentena, rifle sanitario, destrucción de bienes con motivo de incendio, etc.) [25].

[25] En sus últimas obras Kelsen se ha hecho cargo de esta objeción diciendo que el antecedente al cual está imputada la sanción debe consistir en algún comportamiento humano. Creemos que aún se queda corto, pues en nuestro entender —compartimos aquí el punto de vista tradicional— debe tratarse de un comportamiento que constituya una transgresión a las normas vigentes. Una ligera variación en el ejemplo de la cuarentena lo pondrá de manifiesto: supongamos que alguien que no estaba en la zona declarada en cuarentena cuando se hizo la declaración, entra inadvertidamente en ella. También lo alcanzará, obviamente, la prohibición de salir de la zona en cuestión, no obstante lo cual no diremos que ésta es una sanción imputada a su comportamiento, sino, sencillamente, que lo alcanza la misma medida sanitaria que a los que ya se encontraban allí.

La fórmula a la que hemos llegado como expresión de la estructura lógica de la norma jurídica "t ≡ Ds", expresa pues, solamente —aunque entendemos que con mayor precisión— lo mismo que la kelseniana "si A es, B debe ser" (que entendemos por lo tanto debe leerse "si A es —y solamente en ese caso— B debe ser"). La única diferencia que hay a esta altura de los desarrollos es que mientras Kelsen nos da un producto acabado en el que caben, por lo tanto, las definiciones, nosotros estamos aún en una etapa indagatoria conscientes de las dificultades que afronta aquí la teoría y, por lo tanto, nuestros resultados deben considerarse provisorios hasta tanto esas dificultades hayan sido superadas. Tomamos pues, la fórmula "t ≡ Ds" meramente como un intento de aclarar a Kelsen y nos encontramos, por lo tanto, con las mismas dificultades que afronta la doctrina kelseniana; no sabemos cómo salir del círculo vicioso, ni cómo distinguir entre males que son sanciones y otros que no lo son, etcétera. Dejemos por el momento sin aclarar qué es la sanción que, se nos ocurre, es el concepto más difícil, y veamos la aporética a la que nos conduce la fórmula lograda y las soluciones que cabe dar a los problemas que plantea:

1) La transgresión es condición necesaria de la sanción

Nuestra fórmula dice que la transgresión es condición necesaria y suficiente de la sanción (en tanto ésta debe ser), pero ello no es exacto salvo en términos generales para el derecho penal. Es obvio que en el campo del derecho civil para que proceda sancionar se requiere, además de la ocurrencia de la transgresión, la demanda o acción procesal. La fórmula diría ahora, pongamos por caso: "t.a ≡ Ds" donde el punto significa la conjunción "y" y la letra sentencial "a" la acción procesal. Pero, por otra parte, está claro que la norma está regulando la conducta del juez. Tendríamos que decir, por consiguiente, que la sanción, sea ella lo que fuere (mal, coacción, etc.) se caracteriza normativamente como un deber: el deber del funcionario de infligir ese mal bajo la condición necesaria (aunque no siempre suficiente) de que se haya cometido una transgresión. Nos encontramos así en un punto de vista opuesto al kelseniano: en lugar de definir la transgresión en función de la sanción, estamos definiendo, aunque sólo sea en parte, la sanción, en función de la transgresión.

Pero nos encontramos también con otra sorpresa, porque la sanción puede ser programada como deber —tal como lo estamos viendo—, pero también como pura facultad como, por ejemplo, cuando los padres son autorizados para corregir (sancionar) moderadamente a sus hijos o cuando los órganos directivos de una asociación se encuentran autorizados a sancionar a sus miembros, etcétera. Retengamos este punto para la elaboración ulterior de la noción de "deber".

2) La transgresión es la violación de un deber que es, además, condición de la sanción

Vayamos ahora al caso en que, como en la cuarentena, también se inflige un mal por un órgano del Estado, pero este mal no tiene el sentido de ser sanción. También aquí resulta obvio que las cosas son exactamente al revés de lo que enseña Kelsen: el sentido deóntico de la transgresión no se funda en la imputación de males (sanciones), sino que el sentido deóntico de los males (como sanciones) se funda en el sentido deóntico de la transgresión. Ésta está concebida, por lo tanto, correctamente en lo fundamental por la doctrina tradicional que la ve como la violación de un deber, pero, aleccionados por Kelsen, debemos completar dicha definición por referencia a la sanción. Diremos en consecuencia, que la transgresión es la violación de un deber que constituye, además, la condición necesaria (aunque no siempre suficiente) de la aplicación de una sanción (de que una sanción deba ser).

Los conceptos así precisados sirven para el esclarecimiento de numerosas situaciones en las cuales la doctrina kelseniana, que tiene por centro de gravedad la sanción, resulta insuficiente. Así, por ejemplo, que tengamos que pagar una suma de dinero o que los funcionarios nos priven de ella aun en contra de nuestra voluntad —a través de una ejecución contra nuestra cuenta bancaria, pongamos por caso— es obviamente un mal, pero su sentido jurídico es muy distinto ya que será una sanción (multa) solamente en el caso en que la exacción se produzca a raíz de una transgresión. En la doctrina kelseniana no se hace explícita la característica fundamental de la transgresión: el ser un acto libre que se comete al afrontar la opción "cumplimiento del deber-transgresión del deber".

13.6. La norma como parte de la proyecto-programación de la conducta común y su estructura lógica

13.6.1. El concepto central de deber. El programa común. Facultamiento, deber y deber en sentido estricto o propiamente dicho

Hemos visto, por una parte, que la noción de sanción aparece también como un deber, el deber del funcionario de aplicarla cuando se dan los supuestos a los que dicha aplicación se encuentra subordinada. Por otra, también hemos visto que la transgresión no puede ser definida meramente como el antecedente al que se encuentra imputada la aplicación de una sanción, sino que tiene que ser definida por fuerza como la violación de un deber. Así como para Kelsen el concepto central sobre el que descansaban todos los demás era, claro u oscuro, el de sanción, en la concepción que estamos desarrollando el concepto central es el de deber. Urge pues, definirlo o dar al menos una noción de él que no recurra a los otros conceptos fundamentales, pues en este último caso caeríamos en un círculo vicioso. Demos, por lo tanto, las siguientes definiciones:

Digamos que, a través de un conjunto de normas —expresa o tácitamente acatadas— un ordenamiento jurídico proyecta y/o programa en forma más o menos precisa o vaga la conducta recíproca (en interferencia intersubjetiva) de los miembros de un grupo humano cualquiera y que Deber (mejor dicho deber ser) —en el sentido más amplio que conviene aquí dar a la palabra— es la situación de cada uno de ellos en tanto es *su* conducta, la que sólo él puede hacer u omitir, la que se encuentra así programada. Así, por ejemplo, en un grupo familiar es posible que por convención expresa (programa) o por mero hábito (proyecto) cada uno de los miembros de la familia tenga asignado su lugar en la mesa y que exista también un horario para las comidas, en cuyo caso diríamos que cada uno tiene el "deber" de sentarse a la mesa a la hora indicada y de hacerlo en el lugar que le está asignado. Es posible también que exista, por ejemplo, un turno establecido para el uso del televisor, en cuyo caso diríamos que todos los hermanos están obligados a respetar ese turno y que cada uno de ellos está facultado para sintonizar el programa de su agrado dentro del horario que le ha sido asignado. Tanto la conducta así caracterizada como "obligatoria" como la conducta así caracterizada como "facultativa" forman parte de la programación que se hace de la conducta del grupo y son, por lo tanto, "deber ser" en el sentido amplio de la palabra.

Si bien, como acabamos de ver, lo dicho vale tanto para el mero proyectar como para el expreso programar, en lo que sigue aludiremos solamente a este último para aliviar la expresión "proyecto-programar".

El programa puede, pues, asumir la forma de un "facultar", donde se admite que el propio miembro del grupo establezca autónomamente el contenido de su conducta y proyecte así y/o programe lo que será la conducta común o compartida dentro del grupo, como en la libre deambulación por la vía pública, el fumar o no en ella, el testar, el matar en defensa propia, etcétera.

Pero en los casos anteriores no solemos hablar de "deber". Solemos reservar el uso propio de esta palabra *para aquellos casos en que la programación heterónoma determina el contenido del acto del sujeto cuya conducta es programada.* Así, por ejemplo, no se debe matar o robar, se debe decir la verdad, los jueces deben dictar sentencias conforme al Derecho vigente, etcétera. Si la programación en cuestión se encuentra vigente en el grupo humano en cuestión (exigencia de que el Derecho sea positivo) y regula una interferencia intersubjetiva del obrar humano, di-

remos que en tales casos hay un deber (jurídico) de observar dicha programación. Así diremos que, independientemente de todo contenido moral —que puede no tenerlo en absoluto— los hermanos de la familia del ejemplo tienen un deber "jurídico" de respetar la asignación de lugares, los jueces de dictar sentencias conforme al Derecho vigente, los testigos de decir la verdad, la cónyuge de no cometer adulterio, el automovilista de respetar las luces del tránsito, etcétera.

Puede ocurrir que la programación de la conducta común contemple y puede que no contemple los casos en que la programación resulta violada. Si la programación contempla el caso de violación del deber (transgresión) y establece para ese caso que debe ser una sanción, hablaremos ahora de un deber jurídico en sentido estricto El deber jurídico propiamente dicho se opone no solamente al deber moral, religioso, etcétera, sino también al deber jurídico en el sentido lato de la palabra como conducta programada en su contenido por el programa común, ya que ahora se trata de una conducta no solamente programada en su contenido, sino que, además, se encuentra programada otra conducta para el caso de no cumplirse la primera. Pero es obvio que puede muy bien ocurrir que la programación no contemplase el caso de violación, no obstante que por su sentido se trate de una programación y de un deber jurídico. Así, por ejemplo, en el caso de los hermanos que se sientan a la mesa o en el caso de los jueces que deben fallar conforme a Derecho. También puede ocurrir que aunque la aplicación de una sanción se encuentra programada resulte en alto grado remota, como en el caso de los testigos falsos o del adulterio, pese a lo cual tales instituciones tienen un claro sentido de deber jurídico.

Además del *sentido amplísimo* de la expresión "deber ser" como correlativo de una programación (que incluía los actos facultativos) tenemos, pues, un *sentido amplio* de la palabra "deber" (jurídico), como correlativo de las programaciones que coordinan la conducta de varios sujetos estableciendo un contenido de conducta en forma heterónoma, y además un *sentido estricto* de la palabra deber jurídico, correlativo de aquellas programaciones que no solamente programan una conducta con su contenido, sino que además programan otra conducta para el caso en que no se observe la primera programación. Pero, y aquí estriba el punto importante de toda esta historia, *esta programación de una nueva conducta para el caso en que no se cumpla con la primeramente programada es, a su vez una programación*, vale decir que a ella corresponde un deber ser en el sentido amplísimo (como en el caso del padre autorizado a corregir moderadamente a sus hijos), o un deber en el sentido amplio de la palabra (como en el caso de los jueces que deben fallar conforme a Derecho).

13.6.2. El programa común y las normas jurídicas

Las indagaciones precedentes arrojan nueva luz sobre temas centrales de la filosofía jurídica, tales como el concepto de norma jurídica, el de la relación entre Derecho y fuerza (carácter coactivo o coercitivo del Derecho) y el de sanción. Veamos aquí los dos primeros.

Concebida la norma general como una parte de la proyecto-programación de la conducta, lo específico de la norma jurídica estriba en ser una parte de la proyecto/programación de la conducta *común*, o conducta compartida o de la conducta en su interferencia intersubjetiva, correspondiéndose así puntualmente este concepto de norma jurídica (en el sentido amplio de la palabra) a lo que hemos visto como el ser óntico del Derecho al tratar la ontología jurídica.

Esta noción se corresponde con la noción del Derecho como correlación objetiva de las acciones externas de los hombres y la noción correlativa de su imperativo categórico supremo que nos dio Kant. Pero esa norma heterónoma no es por fuerza impuesta, sino que en gran medida necesariamente es asumida autónomamente por el destinatario de la misma. Justamente Kant con su imperativo categórico del Derecho —que está dirigido, como es obvio, a la conciencia individual, la única que puede captar el sentido de una norma, prestar libre aquiescencia al mismo y conducirse en consecuencia—, iluminó genialmente un punto decisivo aunque difícil de la filosofía del Derecho.

Norma jurídica es, pues, la que programa el obrar coordinado de más de un sujeto. Ella puede ser acatada espontáneamente por los sujetos en cuestión o no acatada. En el primer caso, cuando los sujetos acatan espontáneamente la norma, cuando asumen autónomamente la heteronomía de la misma (J. Gottheil) la coercibilidad no es un ingrediente de la norma. Por otra parte, en el conjunto de normas u ordenamiento jurídico, si bien aparece necesariamente la coacción y/o coercibilidad, también existe por necesidad un conjunto de normas cuya aplicación no puede ser obtenida coercitivamente sino que, por el contrario, deben ser autónomamente asumidas por los destinatarios Entre otras posibles, esto ocurre por necesidad con aquellas normas que justamente programan el uso de la coacción por parte de los jueces y otros funcionarios supremos del sistema. O para decirlo con terminología de Ross: todo ordenamiento jurídico debe ser concebido en parte como impuesto a parte del grupo que es motivado a su acatamiento—entre otras cosas— por el temor al castigo en caso de infracción, pero en parte debe ser concebido como ideología que obtiene por sí misma adhesión espontánea por parte del grupo (los funcionarios del sistema).

13.6.3. El deber jurídico en sentido estricto y la programación subsidiaria de la conducta. El concepto de sanción

Hemos dicho que cuando las normas establecen un deber jurídico en sentido estricto hay, además de la mera programación que es común para todo tipo de norma jurídica, una programación subsidiaria para el caso de incumplimiento, programación que consiste en la aplicación de una sanción. Esta formulación resultaría sencilla si tuviésemos una noción clara de en qué consiste la sanción. Pero dado que no es así y que además la programación subsidiaria ofrece ciertas peculiaridades, convendrá volver a las cosas mismas, aquí a las normas.

Una norma de derecho penal en la que se aplica como sanción un castigo corporal resulta el ejemplo más sencillo. La programación es no matar y la programación subsidiaria es castigar al homicida. Los esquemas normativos de Cossio y/o de Kelsen mejorado que hemos visto, funcionan más o menos bien para dar cuenta de lo que ocurre en estos casos.

Pero pongamos otros ejemplos: una norma de derecho fiscal obliga a pagar un impuesto y en el caso de no pagarlo en tiempo, a pagar el mismo impuesto más un recargo del tanto por ciento por el tiempo transcurrido hasta el cumplimiento. Hay, obviamente, una programación y una programación subsidiaria. Pero dudamos en llamar "sanción" a esta programación subsidiaria (el recargo) ya que, después de todo, si bien ella constituye un mal, no es un mal infligido por un órgano del Estado, sino nuevamente, una "prestación" que el obligado puede (y debe) cumplir espontáneamente.

Resulta de lo dicho que el concepto de sanción se relativiza, ya que por una parte puede aludir a toda programación subsidiaria que empeora la condición del responsable pero, por otra, puede aludir a los casos en que se programa subsidiariamente el ejercicio de la coacción.

Para una mayor claridad proponemos denominar prestaciones subsidiarias a todas aquellas que son programadas —como conducta del propio infractor o de quien es responsable por él— a raíz del incumplimiento del deber inicial o principal. Así, por ejemplo, los recargos en el caso del impuesto, la indemnización en el caso de daños causados por culpa o negligencia, etcétera. Si bien estas prestaciones subsidiarias tienen un claro contenido sancionatorio en el sentido de que constituyen un mal que agrava la condición del sujeto, ellas se dan, sin embargo, como una programación de un deber en el sentido amplio de la palabra ya que el obligado debe asumir autónomamente la heteronomía.

La programación subsidiaria puede consistir, en cambio, en la normación de un mal que se inflige al responsable, es decir, una programación heterónoma, que como no es de su propia conducta sino de la conducta de los demás, constituye ya lo que podemos llamar "sanción" en el sentido propio de la palabra. Aquí, como dice Cossio, la conducta del responsable está representada sin el sentido de su libertad. Los casos más sencillos de sanción son, como hemos visto, aquellos en que se inflige una pena corporal al responsable. Aquí hay una programación directa de la conducta del otro que es el verdugo, el carcelero, etcétera, encargado de infligir el mal.

Finalmente, la programación subsidiaria puede consistir en una alteración del *status* jurídico del responsable, como por ejemplo en la inhabilitación. Como el *status* jurídico de una persona no es nada más que el conjunto de sus relaciones jurídicas (deberes y derechos) y de la aptitud que le está reconocida para crear tales relaciones, y como las relaciones jurídicas son siempre conducta, resulta que aquí lo que se programa, aunque indirectamente, es también la conducta de los demás (aunque puede haber involucradas prestaciones subsidiarias del responsable). Así, por ejemplo, la nulidad de un matrimonio significará, en última instancia, una distinta forma de programación de la conducta del que en verdad no es cónyuge, la nulidad de una transferencia en que el adquirente no es propietario, lo cual, a su vez, hace lícitos actos de terceros que antes no lo eran, todo lo cual es una forma indirecta de programar la conducta de los demás con relación al responsable, es decir, algo que escapa a su control y por lo cual hablamos también, en estos casos, de sanción.

13.6.4. Estructuración lógica de las normas jurídicas que imponen deberes. Síntesis final

Hemos dicho que las normas jurídicas son partes de la programación de la conducta común, y que esa programación se concreta como la programación de la conducta de dos o más sujetos (bilateralidad de las normas - interferencia intersubjetiva de las conductas). Hemos visto también que todo programa heterónomo debe ser asumido autónomamente por la libertad del sujeto actuante. O, lo que es lo mismo, que toda norma es correlativa de una libertad. También hemos visto que toda normación es condicional porque tiene como supuesto cierta situación a la cual se ha llegado, situación que constituye una condición para que deba ser el acto programado. Hemos visto también que es, por lo tanto, correlativo de la programación en que consiste la norma, un deber ser —en sentido amplio— del sujeto cuya conducta está así programada (la conducta de los otros sujetos de la interferencia está aquí programada como un deber: no impedir el acto programado para el agente).

Si ahora tenemos en cuenta el axioma ontológico que, en la versión que aquí nos interesa dice: "toda conducta que no está proyecto-progra-

mada como deber jurídico (o como transgresión) es facultativa" (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda), resulta claro que toda norma jurídica que establece un deber responde a la siguiente estructura lógica: H ≡ Dp.

Vale decir: deber ser una prestación (p) cuando y solamente cuando se da el conjunto situacional H.

Ya hemos visto que en esta fórmula "D" quiere decir meramente debe ser, vale decir lo que hemos llamado deber ser en sentido amplio. Ya hemos visto de qué modo dicha fórmula, en la versión en que el hecho antecedente se especifica como una transgresión, sirve para normar la conducta del funcionario en la versión ya conocida "t ≡ Ds".

Pero también dijimos que hay un deber jurídico en sentido estricto cuando, además de estar el acto programado, también se encuentra programada la aplicación de una sanción para el caso de incumplimiento. Esto quiere decir que para estos casos existe no solamente una norma de la forma "H ≡ Dp" —en la que se expresa la programación de la conducta del súbdito— sino también una norma del tipo "Dp.$\bar{p}$ ≡ Ds" en la que se regula la conducta del funcionario y que dice "debe ser la sanción si, y sólo si, el hecho "p" debe ser y el hecho "p" no es. Norma equivalente a la conocida "t ≡ Ds".

Uno puede preguntarse ahora cómo funcionan estas normas en sus estructuras lógicas así esclarecidas, en su concreta aplicación a la realidad y esta pregunta resulta de respuesta sencilla, si se tiene en cuenta que tenemos en rigor *dos* normas distintas: una que se refiere a la conducta del agente, y otra que se refiere a la conducta del funcionario que lo sanciona, pero que no obstante ser esas dos normas distintas, ambas están dadas en la programación de la conducta común que constituye el ordenamiento jurídico.

La primera norma se refiere a la conducta del miembro de la comunidad y su concreción en el caso se efectúa mediante un sencillo razonamiento *modus ponens* que toma la siguiente forma:

1) H ≡ Dp	(Si y sólo si H sucede, debe ser p).
2) H	(H sucedió).
3) (1 y 2) Dp	(En conclusión debe ser p).

La segunda norma se refiere a la conducta del juez y su concreción al caso se efectúa mediante un razonamiento algo más complicado que continúa el anterior y arranca de la norma de forma: "Dp.$\bar{p}$ ≡ Ds".

4) Dp.$\bar{p}$. ≡ Ds.	(Si y sólo si debe ser p y p no sucede, debe ser la sanción).
3) Dp.	(debe ser p).
5) (3 y 4) $\bar{p}$ ≡ Ds.	(Si y sólo si p no sucede, debe ser la sanción).
6) $\bar{p}$	(p no se realiza).
7) (5 y 6) Ds	(En conclusión debe ser la sanción).

Pongamos un ejemplo de cómo se dan todos estos pasos del silogismo judicial en un caso de juicio de desalojo por falta de pago de alquileres:

1) H ≡ Dp	Norma contenida en el contrato de locación que el actor acompañó a la demanda.
2) H	Dicho contrato más consulta del calendario para verificar los períodos vencidos.
3) (1 y 2) Dp	El juez establece como consecuencia de lo anterior que el demandado estaba en la obligación de pagar tales períodos.
4) Dp. $\bar{p}$ ≡ Ds	Norma contenida en el contrato y en la Ley de Locaciones.
3) Dp	Ver comentario a (3) más arriba.
5) (3 y 4) $\bar{p}$ ≡ Ds	El juez deberá decretar el desalojo si no se han pagado los alquileres.
6) $\bar{p}$	El inquilino ha acompañado los correspondientes recibos.
7) (5 y 6) Ds	El juez debe decretar el desalojo.

Si realizamos la tabla correspondiente a la fórmula normativa (Dp. $\bar{p}$ ≡ Ds) donde "p" podría ser, por ejemplo, prestarse a una extracción de sangre para determinar el grupo sanguíneo u otro acto cualquiera, podemos advertir cómo dicha fórmula expresa correctamente los pronunciamientos de la ciencia jurídica, ya que ella tiene el valor "Falsedad" cuando la ciencia jurídica desaprueba ciertas combinaciones de las expresiones atómicas Dp, p y Ds, y en cambio toma el valor "Verdad" cuando la ciencia jurídica aprueba esas combinaciones. En el cuadro siguiente veremos cómo resulta verdadera o falsa la proposición 'la sanción debe ser' (Ds) según se den o falten sus requisitos: Dp y $\bar{p}$.

Dp	p	Ds	$\bar{p}$	$Dp.\bar{p}$	$(Dp.\bar{p})$	≡	Ds. La sanción resulta
V	V	V	F	F	F	Fal.	no-Ds porque falta el requisito $\bar{p}$
F	V	V	F	F	F	Fal.	no-Ds porque faltan los 2 req. Dp y $\bar{p}$
V	F	V	V	V	V	Ver.	si-Ds porque se dan los 2 requisitos Dp y $\bar{p}$
F	F	V	V	F	F	Fal.	no-Ds porque falta el requisito $\bar{p}$
V	V	F	F	F	V	Ver.	no-Ds porque falta el requisito $\bar{p}$
F	V	F	F	F	F	Ver.	no-Ds porque faltan los 2 requisitos Dp y $\bar{p}$
V	F	F	V	V	V	Fal.	si-Ds porque se dan los 2 requisitos Dp y $\bar{p}$
F	F	F	V	F	F	Ver.	no-Ds porque falta el requisito Dp

Análisis de la fórmula: $(Dp.\bar{p}) \equiv Ds$.

Como se ha dicho, el valor de la verdad o falsedad que adquiere la fórmula propuesta coincide exactamente con las afirmaciones de la ciencia jurídica sobre qué valores de verdad o falsedad de los términos Dp, p y Ds hacen verdadera o falsa su combinación.

Ello también puede visualizarse si se examina la forma normal disyuntiva perfecta de nuestra fórmula. Tenemos que ella es:

$$(Dp.\bar{p}.Ds) \text{ v } (\overline{Dp}.p.\overline{Ds}) \text{ v } (\overline{Dp}.\bar{p}.\overline{Ds}) \text{ v } (Dp.p.\overline{Ds})$$

Lo que puede leerse:

"Debe ser el hecho p, y el hecho p no se realiza, y debe ser sanción, o bien,

"No existe el deber de realizar el hecho p, y p se realiza y no debe ser la sanción o bien,

"No existe el deber de realizar el hecho p, y p no se realiza, y no debe ser la sanción, o bien,

"Debe ser el hecho p, y p se realiza, y no debe ser la sanción".

Lo cual describe todos los casos (estados) que hacen verdadera a la fórmula originaria.

Naturalmente que, como ya se ha dicho, para los casos en que no debe ser el hecho "p", es obvio que no deberá ser la sanción, ocurra o no ese hecho ya que en estos casos p (p. ej., dejarse extraer sangre) es un acto facultativo. Al igual que si el hecho "p" ocurre, tampoco debe ser la sanción. Por ello es que sólo hay un caso en el cual la sanción debe ser y el conjunto es verdadero: el caso en el que debe ser p y p no es $(Dp.\bar{p})$.

13.6.5. Normas de facultamiento o "normas que confieren facultades"

Las indagaciones precedentes resultan satisfactorias en relación a las normas que establecen deberes en sentido amplio o estricto, tema principal de la teoría general del Derecho, al menos hasta Kelsen inclusive.

Pero hemos visto ya que lo deóntico en general puede y suele consistir en la programación de potestades. El programa puede así asumir la forma de un "facultar" donde se admite que el propio miembro del grupo establezca autónomamente el contenido de su conducta y proyecte así y/o programe la conducta común o compartida dentro del grupo.

H. L. Hart ha señalado mejor que nadie la existencia y la relativa independencia de las normas del tipo que él denomina "secundarias" —que confieren potestades— no reductibles a las "primarias", que establecen deberes. Él ha dicho con justeza: "...la idea de regla no es en modo alguno simple... Es necesario distinguir entre dos tipos de reglas. Según las reglas de uno de los tipos que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen en cierto sentido de las del primero, o son secundarias en relación a ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores... Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo confieren potestades, públicas o privadas".

La concepción de las normas como partes de la proyecto-programación de la conducta común permite también arrojar alguna luz sobre las normas "secundarias" (Hart) que confieren potestades públicas o privadas.

En estos casos, el programar es un facultar donde el propio miembro del grupo queda autorizado a establecer autónomamente el contenido de su conducta. Por el cumplimiento del acto al cual se encuentra facultado el miembro del grupo completa así el programa heterónomo en el que consisten las normas. Quiere decir que en un sentido convenientemente amplio de la palabra, el miembro del grupo funciona en este caso como "órgano" del sistema, y que no corresponde en esto hacer diferencia entre facultades públicas (órganos centralizados) y privadas (órganos descentralizados).

La manera en que el individuo queda así como órgano facultado a prolongar la proyecto-programación de la conducta común, puede revestir dos formas: según el individuo quede autorizado a prolongar el sistema normativo o proyectando —es decir, haciendo cierta conducta— o pro-

gramando, o sea, a través de expresiones orales o escritas, las que se refieren a cierta conducta.

Las normas confieren a los individuos la potestad de prolongar o completar el sistema normativo con un mero comportamiento toda vez que éste es facultado por el ordenamiento jurídico, vale decir, toda vez que lo deóntico del programa se especifica como un facultar cierto comportamiento. Así, por ejemplo, si es facultativo para un miembro cualquiera de la comunidad sentarse en un banco de la plaza, como se trata de conductas compartidas, el mero ejercicio del proyecto de sentarse por ese miembro da nacimiento a derechos y obligaciones en tanto deja de ser facultativo para los demás sentarse en ese mismo lugar, estando, por el contrario, obligados a no perturbarlo en su conducta. Lo mismo ocurre con el padre que corrige moderadamente a sus hijos, el que actúa en defensa propia (potestades privadas); o, también, con el funcionario policial que persigue a un sospechoso (potestades públicas), etcétera.

Pero el facultamiento puede ser no de un mero proyecto-comportamiento, sino de una conducta que consista en la programación de un comportamiento. En este caso, que es el que principalmente tiene en cuenta Hart, el individuo es facultado para prolongar y/o completar la programación de la conducta común mediante expresiones orales o escritas, sometidas a los requisitos y formalidades establecidos en la programación heterónoma general. Se trata de normas que establecen potestades privadas (testamentos, contratos) o públicas (normas relativas a la competencia, procedimientos, etc., por las cuales se rige la creación de normas por los órganos del Estado).

En estos casos la programación general faculta a los individuos a actuar como verdaderos órganos (descentralizados o centralizados) del sistema y a ser autores de una programación válida de conducta común, dentro de ciertos límites y mediante el cumplimiento de ciertos requisitos que, en caso de no reunirse, determinan que tales actos no deban tenerse por prolongación de la programación de conducta comunitaria (régimen de nulidades).

Puede advertirse que el panorama se presenta algo complejo y que para cada situación particular será menester esclarecer la programación inicial o principal, las que son subsidiarias de la misma, las normaciones subsidiarias de sanciones, el tipo de la sanción programado, y si éste nos reenvía meramente a una programación del *status* jurídico, o si consiste en una coacción sobre el responsable.

CAPÍTULO 14

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO 14

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

14.1. LAS RELACIONES ENTRE NORMAS

14.1.1. Aspecto lógico-sistemático del conjunto de normas

Hemos visto precedentemente el análisis lógico de la norma jurídica. Debemos hacer ahora el análisis del conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico. Del estudio de la parte —la norma— pasamos al estudio del todo: el ordenamiento.

El ordenamiento jurídico tiene cierta estructura. Las normas se interrelacionan en forma tal que algunas comparten un mismo plano jerárquico, mientras que otras están en relación de subordinación respecto de normas "superiores". El conjunto de normas integra un "sistema" normativo en el cual unas normas se fundan o derivan de otras. La circunstancia de que unas normas se derivan de otras hace que todas estén en una relación lógica especial. Tenemos que examinar con cierto detalle este aspecto "lógico-sistemático" del ordenamiento jurídico, puesto que él es también uno de los presupuestos sobre los cuales descansa la ciencia jurídica.

Para realizar este análisis vamos a "formalizar" el ordenamiento, es decir, vamos a abstraer totalmente su contenido concreto para quedarnos únicamente con las normas —ya puras formas— y sus distintas relaciones [1].

[1] De hecho el conjunto de las normas emanadas de diversas fuentes (costumbre, ley, precedente, etc.) suele —al menos a primera vista— parecerse más bien a un aglomerado irregular. El jurista, sin embargo, concibe este aglomerado como un sistema, es decir, como un todo lógicamente estructurado. A pesar de todo, él no modifica su objeto al hacerlo así, ni tampoco llega a hacer explícita totalmente su tarea (lo que hará el filósofo del Derecho). La clave de este aparente enigma está en que el órgano (p. ej., el juez) es ya "jurista" en alguna medida (o, también podemos decirlo al revés: que el jurista se coloca siempre en el punto de vista del juez, interno al Derecho vigente). El jurista hace lo mismo que el órgano, al identificar la norma válida como parte de un sistema y al postular la unidad de este último.

14.1.2. La relación de fundamentación

Tan pronto comienza nuestra formalización del sistema u ordenamiento jurídico, encontramos lo que se denomina la "relación de fundamentación". Esta relación significa que casi todas las normas (así como cualquier hecho de conducta que queramos conocer jurídicamente) nos van a remitir siempre a otra norma jurídica.

Veamos un ejemplo: si un hombre mata a otro realiza un acto de conducta que tanto puede ser un homicidio (transgresión) como la ejecución de una condena de muerte (prestación). El sentido jurídico del acto va a estar dado por una norma, ya sea una sentencia que condena a alguien como homicida, ya sea que ella establezca que el verdugo debe quitar la vida a determinada persona. Kelsen se preguntó: ¿por qué en unos casos hablamos de hechos lícitos y en otros de hechos ilícitos? La diferencia —explica— no está dada por algo intrínseco a esos hechos en cuanto hechos de la naturaleza, sino que es puramente jurídica. El ejemplo muestra cómo los hechos desnudos no nos dan un sentido jurídico. Para alcanzar este sentido debemos pasar del plano del ser (el de los hechos) al plano del deber ser (el de las normas). *El sentido jurídico de un hecho va a estar dado por una norma jurídica que se refiere a ese hecho mediante su contenido.* Vemos así cómo, cuando queremos conocer jurídicamente un hecho, debemos necesariamente remitirnos a las normas.

Un hecho sometido a decisión judicial recibe, pues, su sentido jurídico (objetivo) de una norma individual: la sentencia. Ya en la sentencia nos preguntamos ¿qué es lo que a ella la hace ser una norma? ¿Por qué puede asignar sentido de licitud o ilicitud a un hecho? ¿Por qué el papel que escribe un juez asigna sentido jurídico objetivo y el que escribo yo no? Estas preguntas inquieren, en definitiva, qué es lo que a una norma la hace ser norma válida dentro del sistema, y para poder responder tenemos que referirnos a la relación de fundamentación de una norma por otra.

Una norma individual es una norma que integra el ordenamiento y asigna sentido jurídico válido a los hechos de conducta cuando otras normas se refieren a ella y la fundamentan. En nuestro ejemplo la sentencia, como norma individual, se funda en el Código Penal, en el Código Procesal Penal y en la Ley Orgánica de los Tribunales. Estos cuerpos normativos hacen referencia a la sentencia determinando cuándo ha de ser válida como norma individual (o sea, cuándo cierto acto de prescribir una conducta va a ser una norma jurídica). Si la sentencia fue dictada de acuerdo con lo prescripto por esas normas generales, decimos que está *fundada* en ellas, por lo cual es válida.

A la pregunta que reza: ¿por qué una norma tiene validez? respondemos: porque está fundada en otra u otras normas válidas. Esquemáticamente vemos: un hecho recibe sentido jurídico de la sentencia que a él se refiere; a su vez, la sentencia es una norma válida que asigna sentido porque se funda en las normas de fondo (leyes civiles, penales, etc.) y en las de forma (Ley de Organización de los Tribunales y códigos de procedimientos). En otros términos la sentencia es también un hecho que, por su parte, recibe sentido jurídico (el sentido de ser sentencia) de otras normas.

Pero podemos seguir nuestra investigación preguntando: ¿por qué esas normas generales que fundan a la sentencia son normas? O sea, ¿por qué el Código Penal y el Código Procesal son normas válidas? La respuesta es muy parecida a la anterior: son normas válidas porque se fundan en una norma superior. El Código Penal es una norma válida porque fue dictado de acuerdo con las normas constitucionales que establecen la forma o procedimiento por el cual deben dictarse las leyes y, además, porque no contradice los contenidos materiales que otras normas constitucionales prescriben. En concreto, el Código Penal fue sancionado por el Congreso y promulgado por el Poder Ejecutivo de acuerdo al procedimiento constitucional, y no viola ninguna de las pocas normas constitucionales que prescriben contenidos materiales.

14.1.3. Derivación normativa estático-material (moral) y derivación dinámica-formal (derecho positivo)

¿Cómo es posible derivar de una norma la validez de otra? ¿De qué modos se cumple esa conformidad de la norma inferior con la superior? De dos modos es posible esa concordancia: 1°) *por la coincidencia del contenido* de ambas normas en el modo en que lo particular concuerda con lo general. Así, por ejemplo, debo dar limosna a un mendigo indigente que me sale al paso en la calle. Esta norma se funda en otra que establece "debes ayudar al necesitado"; y ésta, a su vez, en otra del tipo "amarás al prójimo" (*Teoría Pura,* pág. 136; *Teoría General,* pág. 115); 2°) *porque la norma inferior ha sido establecida en la forma determinada por la superior.* Así, por ejemplo, debo realizar una tarea que me ha sido encomendada por mi padre porque me ha sido ordenada por él, independientemente del contenido de dicho mandato, en virtud de que la norma superior dice "obedecerás a tus padres". Al primer sistema de derivación denomina Kelsen "estático" y a él pertenece el orden moral. Al segundo método lo denomina "dinámico", y en él, todas las normas del sistema están entrelazadas unas con otras por la relación de fundamentación, y todas, directa o indirectamente, encuentran su validez en el acto de creación

de un mismo "primer legislador". Por el contrario, en los sistemas estáticos cada norma está contenida, implícitamente, en las normas superiores del sistema, que pueden ser una o muchas. En los sistemas estáticos es posible "deducir", mediante un procedimiento intelectual, las normas inferiores de las normas superiores. Del mandamiento "Honrarás padre y madre" se pueden derivar innumerables normas que pertenecen a ese mismo sistema moral por estar implícitas en aquel mandato.

Si bien en el ordenamiento jurídico hay una relación de contenido entre unas normas y otras (fundamentación material), el principio que lo estructura no es estático, sino dinámico porque en su origen hay un puro acto formal, un puro procedimiento. Por esta razón las normas del sistema no pueden obtenerse por vía deductiva, sino que surgen a través de actos de institución, es decir no por un proceso puramente intelectual sino a través de actos de *voluntad*.

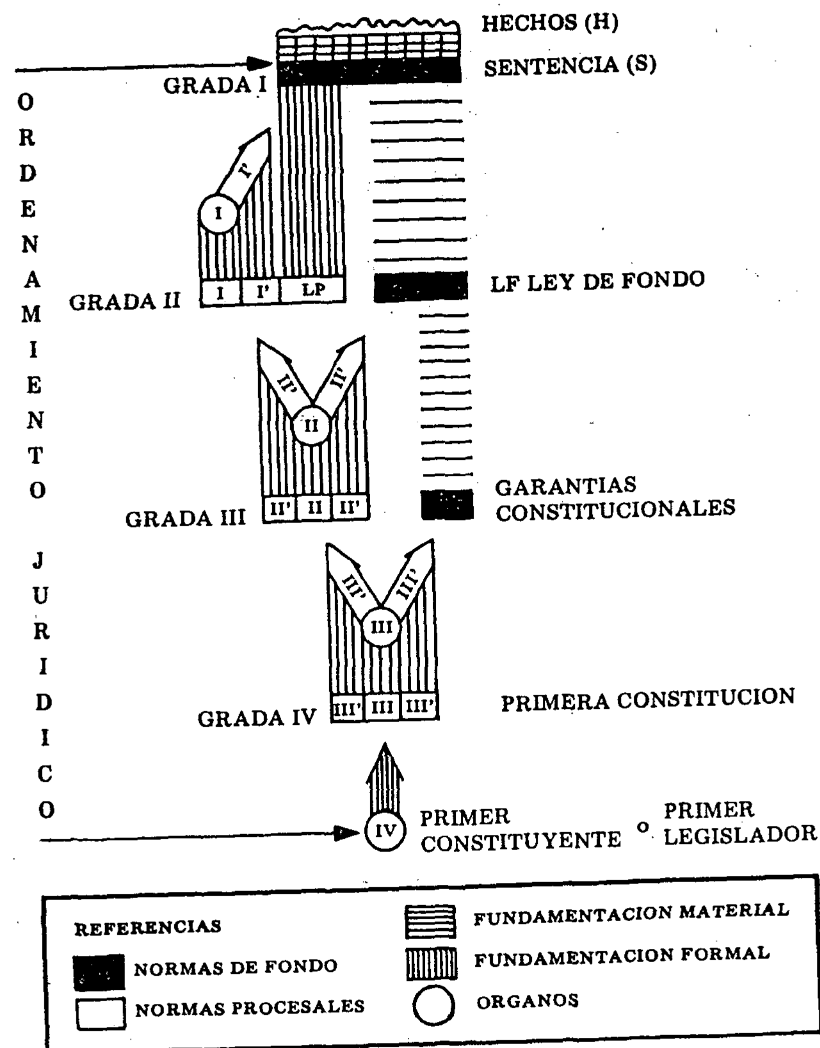
14.1.4. Fundamentación formal y fundamentación material de las normas jurídicas

En las normas jurídicas podemos señalar una doble relación de fundamentación. En casi todas ellas hay una relación de *contenido* de la norma —lo que ella establece— y los contenidos prescriptos por normas superiores. Así la legislación material, como lo son el Código Penal, el Código Civil, u otras leyes, está fundada en los ciertos contenidos establecidos por la Constitución Nacional. Esta legislación especifica lo que en la Constitución está previsto con un grado mayor de generalidad o establecido como un "principio", como lo son el que establece que las cárceles serán sanas y limpias, el que veda los tormentos y los azotes, etcétera (art. 18).

La fundamentación formal consiste en que la norma haya sido creada por el *órgano* competente para hacerlo y que éste haya cumplido con los *procedimientos* previstos por una norma superior, para realizar esa creación.

La fundamentación material hace referencia al "qué" establece la norma (a su contenido), y la fundamentación formal a "quién" la crea (el órgano) y al "cómo" la crea (el procedimiento).

Ahora, si queremos ver la relación de fundamentación entre las normas teniendo en cuenta la fundamentación formal y material, podemos hacerlo con un gráfico.



En el gráfico precedente podemos ver que el hecho H recibe su sentido jurídico de la sentencia S que se refiere a dicho hecho H mediante su contenido. Vale decir que el hecho H está mentado en el cuerpo de la sentencia S. Resulta ahora que esta última (la sentencia) es el hecho del juez, órgano simbolizado con el número (I). La sentencia S es el producto de este órgano, es lo que éste hace a través de un procedimiento (I') establecido en otra norma (LP) —que llamamos por ello superior o fundante— que es la ley procesal. Esta norma procesal no sólo prevé el procedimiento mencionado, sino también cuál será el órgano (I) que mediante el procedimiento I' va a producir la sentencia S.

Estamos ahora en la segunda grada de la pirámide jurídica: a la altura de LP y de LF (ley procesal y ley de fondo, respectivamente) que son normas en cuanto determinan en forma directa el sentido S (e indirectamente el sentido de H) pero que, a su vez, son el producto de lo que hace un órgano (II) —el legislador— a través de un procedimiento (II'). Resulta ahora que así como el hecho S del órgano (I) se encontraba prescripto en LP y LF, así también el hecho LP y LF del órgano (II) se encuentra prescripto en normas superiores. Éstas son las normas de jerarquía constitucional que establecen o prevén cómo está formado el Poder Legislativo y qué procedimiento debe seguirse para la sanción de las leyes. Éste es el aspecto de organización del poder que se encuentra necesariamente en toda Constitución y que hemos simbolizado en el esquema por (II' II II') donde se ve que la Constitución prevé no sólo el órgano (II), sino también el procedimiento II' que éste debe seguir para dictar leyes procesales (a la izquierda de II) y leyes de fondo (a la derecha de II). Pero la ley de fondo tiene otro apoyo en la Constitución. Así como la sentencia S coincide por su contenido (más específico) con el contenido de la ley de fondo (más general), esta última coincide también por su contenido (más especial) con el contenido de la Constitución (más general) [2]. Así, por ejemplo, al legislar sobre derechos reales y personales el legislador especifica o reglamenta la noción de "propiedad" consagrada por la Constitución.

Estamos ahora en la tercera grada de la pirámide: en ella están las normas constitucionales. Éstas son normas en tanto dan sentido jurídico a los peldaños inferiores de la pirámide y —a través de ellos— en forma mediata a los hechos que reciben su sentido del ordenamiento. Pero también las normas constitucionales son un hecho de un órgano (III) que procedió

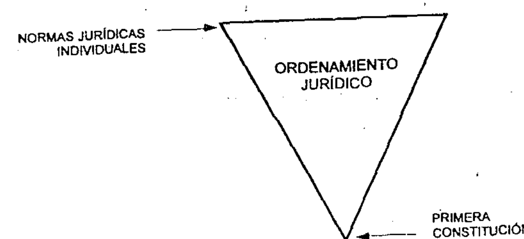
[2] De intento el texto simplifica algo las cosas. Como la Ley de Procedimiento regula directamente la conducta del órgano, funciona, respecto de éste, como una ley de fondo, por lo cual bien puede ocurrir que la Ley de Procedimiento se funde también materialmente en la Constitución, tal como puede fundarse en la garantía de defensa en juicio, etc.

a dictarlas observando un procedimiento III'. Tanto este órgano (III) —Asamblea Constituyente— como el procedimiento III' se encuentran prescriptos en una Constitución anterior y esta última resulta ser así el fundamento de validez de la grada constitucional. Pero la Constitución de la tercera grada de la pirámide se fundamenta en la anterior *solamente* en el aspecto formal: ella ha sido dictada por el órgano y mediante el procedimiento prescripto en la primera Constitución, pero no guarda con ésta ninguna coincidencia de contenido.

Hemos llegado así a la grada cuarta de la pirámide jurídica; ella es una Constitución que constituye solamente un fundamento formal (y no material) para todo el ordenamiento. Suponemos que esta Constitución anterior es la primera (y por ello así la denominamos) ya que nada agregaríamos a la teoría y explicación del ordenamiento remitiendo el fundamento (puramente formal) de validez a una grada quinta, sexta, etcétera. Alguna va ser, necesariamente, la Primera Constitución [3].

Por último, la Primera Constitución es el hecho de un Primer Constituyente. Este órgano no está limitado o sujeto a norma superior alguna. Y será Primer Constituyente aquel en cuyo hecho (Primera Constitución) se funde un orden jurídico que sea eficaz en su conjunto. Debe quedar bien claro que lo que caracteriza al primer constituyente no es la consagración de determinados derechos o valores en la Primera Constitución (posición del iusnaturalismo), sino que sin sujeción alguna, el Primer Constituyente será el que produjo la Primera Constitución que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico efectivamente vigente. Esto se verá en detalle en el punto siguiente.

Esquemáticamente, la posición de la pirámide jurídica que hemos representado sería la siguiente:



[3] En el esquema examinado, por razones de claridad coincide el órgano que dicta las normas generales de procedimiento (grada segunda) con el órgano que dicta las leyes de fondo. En nuestro esquema es el órgano (2). Esto ocurre en la Capital Federal, en donde el Congreso nacional es, a la vez, Legislatura local. Pero en las provincias este órgano (2) del esquema debe disociarse en dos órganos distintos: uno que dicta las leyes de procedimientos (Legislaturas locales) y otro que dicta las leyes de fondo (Congreso nacional).

Es una pirámide invertida porque la multiplicidad de normas individuales (sentencias), de normas generales (leyes y diversas constituciones) se fundan en una sola norma: la Primera Constitución (el vértice de la pirámide).

Hemos fundado la sentencia formal y material en otras normas. A su vez, estas normas (leyes) se fundan principalmente en las normas constitucionales que establecen el procedimiento por medio del cual las leyes deben ser dictadas, y también, aunque en menor medida, en los pocos contenidos materiales que prescribe la Constitución. Si ahora nos preguntamos por qué la Constitución es válida, podría responderse que lo es porque fue dictada de acuerdo con el procedimiento establecido en una Constitución anterior [4]. Ya aquí vemos que los contenidos materiales han desaparecido por completo, y la fundamentación de esta Constitución se hace con referencia a puras normas de procedimiento.

En este preguntar por la validez de las normas nos hemos remontado hasta una primera Constitución en virtud de la cual fue dictada otra Constitución, y a raíz de esta última, todo el ordenamiento jurídico. La validez del ordenamiento está en función de la primera Constitución la cual, a su vez, *no deriva su validez de norma superior alguna*. Esta primera Constitución es dictada o establecida por un primer constituyente o primer legislador. El tema de la Primera Constitución lo veremos en el punto siguiente.

14.2. Primera Constitución y norma fundamental

14.2.1. Primera Constitución y Primer Constituyente

La Primera Constitución es la norma de la cual derivan —o en la cual fundamentan su validez— la totalidad de las normas de un ordenamiento jurídico determinado. Su naturaleza no es distinta a la de las demás normas integrantes del ordenamiento, es una norma positiva dada en un lugar y en un tiempo determinados y dictada o establecida por un órgano (Primer Constituyente), salvo el caso de que se trate de una norma consuetudinaria. Sin embargo, la Primera Constitución posee características especiales que la distinguen del resto y preparan ya los desarrollos que siguen. Ella es primera: todas las demás fundan su validez en ella, pero ella no funda su validez en ninguna otra. "Primera" tiene, en consecuencia, un significado eminentemente lógico y no está tomado en un sentido temporal —no alude al orden temporal—. Primera quiere decir, pues, principal.

[4] Al efecto de esta exposición nos colocamos en la hipótesis de un ordenamiento jurídico en el cual ha habido cambios constitucionales sin quiebra constitucional.

Es Primera Constitución aquella en la que todas las demás fundan directamente o indirectamente su validez. En ella todas las normas se hacen compatibles formando un todo lógico, un sistema.

Así puede darse, por ejemplo, el caso de que tengamos el establecimiento de una Primera Constitución en el año 1966 por la Junta de Comandantes en Jefe, no obstante lo cual se declaran subsistentes en todo lo no derogado la misma Constitución de 1853 y todas las leyes vigentes que no son expresamente derogadas. La situación viene a ser la misma que si el Primer Constituyente de 1966 se tomase el trabajo de sancionar en 1966 todos los textos que desea mantener en vigencia. Lo mismo ocurrió en 1976.

No obstante que el sentido básico en que se debe tomar la palabra "primera" cuando hablamos de primera Constitución es el sentido (lógico) de principal, hay, sin embargo, un sentido temporal que también se le adosa necesariamente por motivos que veremos más adelante. En busca de la Primera Constitución partimos desde un presente y —salvo que seamos nosotros mismos los primeros constituyentes instauradores de un ordenamientos jurídico— vamos a buscarla hacia el pasado. En esta incursión en el pasado nos detenemos solamente cuando encontramos la Primera Constitución, es decir, una norma de la que todas las demás se derivan.

Dado el carácter positivo del Derecho, la fundamentación formal termina por prevalecer sobre la fundamentación material. Si insistiésemos en buscar la última fundamentación en una norma de contenido material tendríamos que decir: las normas de un ordenamiento cualquiera valen porque ellas consagran los principios de —p. ej.— libertad individual, democracia representativa, régimen de pluralidad de partidos políticos, propiedad privada, dignidad de la persona humana, etcétera. Pero con esto incursionaríamos abiertamente en el campo de la "justificación" (axiológica o ideológica) de las normas, apartándonos del tema de su validez positiva. Perderíamos toda neutralidad científica y esta posición ideológica iusnaturalista terminaría ciertamente por deformar nuestro objeto, ya que si quisiéramos mantener coherencia tendríamos que decir que un régimen jurídico que no consagra dichos principios no es, en realidad, un régimen jurídico, sino un mero estado de fuerza. Confundidos de esta manera el plano axiológico y el ontológico, tendríamos que llegar a la desoladora conclusión de que la mayor parte de la humanidad no ha vivido a lo largo de su historia bajo régimen jurídico alguno. Lo que resulta, obviamente, una conclusión absurda.

Tenemos, por consiguiente, que la última fundamentación de validez de la totalidad de las normas debe ser exclusivamente formal. Esto se muestra mejor si pensamos que cualquier norma o conjunto de normas

(así se trate de la Primera Constitución histórica) funda su validez en el hecho de haber sido dictada por un primer legislador o primer constituyente. No se trata tanto, pues, de una primera Constitución, como de un primer constituyente que la dicta o establece. Aquí alcanzan unidad, finalmente, la pluralidad de normas que componen el ordenamiento [5].

Toda fundamentación de la validez nos remite, en consecuencia, finalmente a un primer constituyente o primer legislador, dado también en el tiempo, por ejemplo al acto institucional de la Junta de Comandantes en Jefe en marzo de 1976. No hemos salido del plano de los hechos y este Primer Constituyente con su acto de pura instauración del Derecho, de pura dación de sentido, forma parte inicial y principal del ordenamiento jurídico. Pero podríamos ir todavía más allá y preguntamos de dónde obtiene este primer constituyente su poder normativo. O, si ustedes lo prefieren, cuál es el fundamento del poder normativo del primer constituyente.

14.2.2. Acatamiento general y norma fundamental concreta

Cuando nos preguntamos por el fundamento del poder normativo del poder constituyente deben quedar en claro algunos temas que sirven para delimitar el alcance de la pregunta.

En primer lugar, no es una pregunta acerca de la validez o, al menos, una pregunta normal acerca de la validez. Una pregunta de este tipo se contesta —como hemos visto— señalando una norma positiva de la que deriva formal y/o materialmente la norma cuya validez se cuestiona. Pero como nos encontramos, por hipótesis, en el primer constituyente, es obvio que no podemos fundar su competencia normativa en una norma positiva, ya que entonces esta última funcionaría como Primera Constitución y nuestro problema reaparecería con relación a esta última.

En segundo lugar, debe tenerse presente que no nos preguntamos por la *justificación* del poder normativo del Primer Constituyente. Nos mantenemos en el punto de vista iuspositivista de hacer objeto de estudio a las normas e instituciones hechas por los hombres —en forma deliberada o no— y no a las normas que se suponen emanadas de una instancia superior (iusnaturalismo) a los hombres mismos en la producción de su conducta social. La condición de Primer Constituyente no atribuye ninguna

[5] Podría ocurrir, en efecto, que la Primera Constitución histórica se encontrase todavía en vigencia y que ella constase —como de hecho ocurre con este tipo de documentos— de diversas normas. Si nos preguntamos por la validez de estas normas su fundamentación resultará del acto de instauración institucional efectuado por el Primer Constituyente.

dignidad especial. En particular no existe deber (moral) de obedecerlo como no existe deber (moral) de comportarse en la forma que prescriben las normas jurídicas positivas. Y cuando decimos que existe un deber (jurídico) de comportarse en la forma que tales normas prescriben, nos limitamos a señalar e identificar las normas que constituyen el derecho positivo y a identificar o señalar el deber que ellas imponen. El iuspositivismo (metodológico), al separar Derecho y moral, pretende solamente identificar los fenómenos que se considera constituyen el Derecho y, justamente, al concebirlos y tratarlos como *hechos* (producidos por los hombres) deja las puertas abiertas de par en par para cualquier crítica que puedan merecer tales hechos que constituyen el derecho positivo. Este positivismo (metodológico) es el que profesa Kelsen (y también pensadores como Hart, Ross, Bobbio, etc.) y no un positivismo *ideológico* que considera justificado y prescribe observar todo Derecho vigente.

Puestos, pues, a indagar el fundamento del poder normativo del primer constituyente nos encontramos, desde un punto de vista iuspositivista, con un fenómeno similar al que sirve de sustento al derecho consuetudinario. Existe, de hecho, un acatamiento general a las normas que emanan, directa o indirectamente, de un órgano. Este hecho del acatamiento tiene el sentido de constituir una permisión.

El acatamiento general y la permisión que él entraña son suficientes para constituir o construir el ordenamiento jurídico. Pues con la permisión o autorización que el acatamiento general confiere al órgano principal (y en forma indirecta a sus delegados) nos encontramos ya en el plano deóntico o de los sentidos jurídicos. No es, pues, necesario, dar forma de norma a la situación descrita. Pero si quisiéramos hacerlo podríamos intentarlo diciendo, por ejemplo, "aquí y ahora (en Inglaterra, en 1984) debes obedecer a la reina en Parlamento". Este enunciado correspondería a lo que proponemos llamar "norma fundamental concreta".

La construcción del ordenamiento jurídico, vía acatamiento, la van haciendo constantemente no solamente los jueces y otros funcionarios del sistema, sino también los particulares que en la inmensa mayoría de los casos cumplen con las normas del ordenamiento. El acatamiento no es cuestión solamente de coincidencia con el contenido de las normas, sino que entraña consentimiento, vale decir, la noción de obligatoriedad u otro sentido deóntico.

Para la construcción del ordenamiento jurídico es, pues, condición necesaria y suficiente el acatamiento general. Éste, como hemos visto, no es un puro hecho —como sería una pura coincidencia de contenidos entre lo programado y lo hecho— sino que entraña cierta representación, o saber, acerca de los sentidos deónticos involucrados. En los particulares este sa-

ber puede ser sobre todo implícito. Pero en los jueces y otros funcionarios ese saber es también, en alguna medida, explícito. Todos actúan como si ajustasen su conducta a la norma fundamental concreta. Ésta no es una norma positiva más. No ha sido establecida mediante un pronunciamiento por ningún funcionario o legislador dado. Y resulta obvio que si algún funcionario "X" hubiera establecido la regla "debes obedecer a la Junta de Comandantes en Jefe" u otra semejante, dicho funcionario "X" —y no la Junta de Comandantes en Jefe— sería el Primer Constituyente, la validez de cuyo acto institucional se fundaría ahora en el presupuesto "debes obedecer a X". Mientras el Primer Constituyente instituye una constitución, es en cambio de la esencia de la norma fundamental concreta no ser instituida sino simplemente usada, o mejor, *presupuesta* en el uso efectivo de conferir sentidos jurídicos de conducta.

Algunos autores han criticado la noción de presupuesto empleada por Kelsen para caracterizar la norma fundamental (abstracta), señalando que la norma fundamental (concreta) es una regla que en algún sentido tiene el carácter de última y que es preferible caracterizar como "regla de reconocimiento" [6]. Como hemos visto más arriba, hay sin embargo dificultades en caracterizar como integrando al sistema u ordenamiento mismo a una regla que no puede ser instituida sino implícitamente acatada.

Cada ordenamiento jurídico tiene su norma fundamental concreta o regla (última) de reconocimiento. Una dice "obedece a la Junta de Comandantes en Jefe reunida en junio de 1966" (Argentina, año 1970); otra dice "obedece a la reina en Parlamento" (Inglaterra, año 1970); otra dice "obedece a los Constituyentes de Filadelfia en 1776" (Estados Unidos, 1988), etcétera. Como ya hemos visto, la norma fundamental concreta no ha sido dictada explícitamente en ningún acto particular normativo sino que está contenida como supuesto implícito en todos y cada uno de los actos normativos que se dan en dicho ordenamiento. No tiene pues tampoco una data fija sino que acompaña —como supuesto— a las datas de cada una de las normas, vale decir, desde la Primera Constitución misma hasta la última sentencia del sistema.

14.2.3. La norma fundamental abstracta

En este punto la teoría kelseniana del ordenamiento jurídico alcanza su culminación de profundidad y también —por qué negarlo— de oscuridad. Con el apoyo de la distinción entre norma fundamental concreta y abstracta —que no es, por cierto, kelseniana— trataremos de explicar

6 HART, H. L., *El Concepto...*, cit., págs. 131-137.

este punto tan claramente como nos sea posible. Si tomamos una regla de reconocimiento o norma fundamental concreta cualquiera, por ejemplo: "Obedece a la Junta de Comandantes en Jefe de junio de 1966", podemos advertir que el *contenido* de esta regla depende ciertamente de un conjunto de hechos, en particular de qué reglas estén aplicando de hecho los jueces y funcionarios del sistema. Hemos visto ya que así como hablamos entre nosotros de Junta de Comandantes en Jefe, en Inglaterra hablaríamos de la reina en Parlamento, etcétera. Pero si prescindimos de dicho contenido y nos quedamos solamente con la *forma,* ésta será siempre idéntica, ya que nos limitaremos a mencionar una autoridad a la que se debe acatamiento sin concretarla por su nombre.

Quiere decir que la regla (última) de reconocimiento dirá, formalizada, "obedece a X". Pero si, como ya hemos visto, el ordenamiento jurídico en su conjunto y cada una de las normas que lo integran derivan de un constituyente o legislador originario (también formalizado, ya que no hablamos de la reina o la Junta sino del "X" del que derivan las normas) entonces la regla (última) de reconocimiento formalizada dirá: "Obedece al legislador originario".

Con lo precedente hemos enunciado la norma fundamental. Ella dice siempre lo mismo: "Obedece al legislador originario"; "debes tener por Derecho a las normas emanadas directa o indirectamente del legislador originario"; o, en versión típicamente kelseniana: "La coacción debe administrarse en la forma y bajo las condiciones establecidas por el Primer Constituyente o las instancias en que éste hace delegación", etcétera [7]. Al expresar éstos u otros enunciados equivalentes la teoría pura del Derecho no inventa ni ha querido inventar nada. Meramente da expresión a lo que desde siempre han hecho los juristas [8]. Éstos efectivamente suponen la validez de las normas que utilizan una norma cualquiera para conferir sentido jurídico a una conducta ya que por las relaciones de fundamentación que hemos estudiado la validez de esa norma nos remite a otra, y otra, hasta ir a parar en todos los casos al legislador originario.

7 Los distintos enunciados son equivalentes en lo que hace a la teoría de la norma fundamental, pero expresan distintas concepciones sobre el Derecho (obedecer, administrar la coacción, etc.).

8 Y *también los jueces y funcionarios*, y también en alguna medida los meros súbditos, agregamos nosotros. Es correcto que la norma fundamental hace explícito lo que se daba implícito en el hacer de todos éstos. Sin embargo, esto implícito se daba con el sentido de ser norma —y no puro hecho— y se traduce por lo tanto en el modo imperativo en el que se enuncia la norma fundamental. De otro modo pasaríamos a un punto de vista externo al sistema y no nos mantendríamos en el interno —o intrasistemático—.

Pero, ¿existe alguna necesidad que obligue a aceptar la validez que emana de un constituyente originario? ¿O acaso debemos aceptar la norma fundamental como un dogma? ¿No podríamos prescindir de ella? En rigor podemos prescindir de ella... a condición de que renunciemos a conocer el Derecho. En efecto, un ser humano como Robinson Crusoe puede arreglárselas muy bien sin norma fundamental. También es concebible aunque sólo sea como idea límite (en rigor, no viable como realidad de conducta) el *homo homini lupus* del que hablaba Hobbes, una fiera entre los hombres. Éste puede también arreglárselas sin norma fundamental porque no tendría ninguna comprensión para los sentidos jurídicos de la conducta. Todo lo que verá serán acciones, actos de coacción, hombres más fuertes o débiles, mejor armados o peor armados, uniformados o no, etcétera. Pero tan pronto califiquemos una conducta como lícita o ilícita, como entuerto, prestación, sanción, etcétera, tan pronto estemos confiriendo un sentido cualquiera a una conducta, lo hacemos mediante una norma que es parte de una totalidad (el ordenamiento), vale decir que estamos utilizando el supuesto que es la norma fundamental.

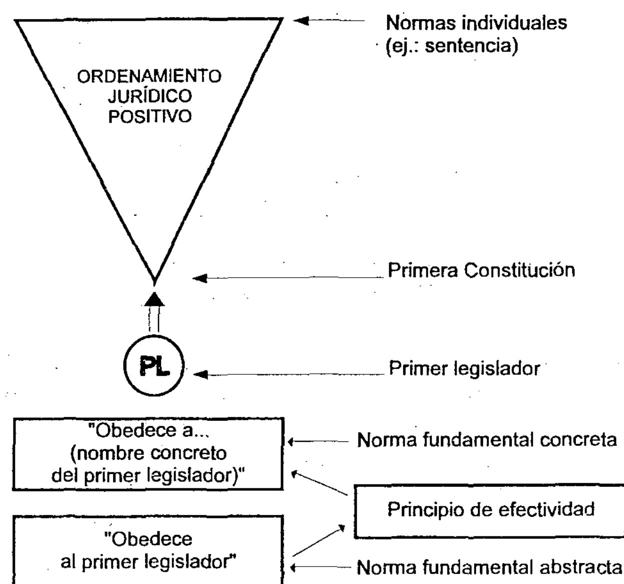
Como Kelsen no ve esta imbricación necesaria entre vivir (jurídicamente) y conferir sentidos jurídicos (conocer), sostiene que la norma fundamental es un presupuesto gnoseológico, vale decir, una categoría trascendental en lenguaje kantiano. Así como la causalidad no está en las cosas mismas y es inútil buscarla entre ellas, sino que la ponemos nosotros cada vez que queremos conocer la naturaleza (y si no queremos conocerla bien podemos prescindir de ella como, por ejemplo, puede hacerlo el que piensa en términos de magia, etc., y no causales), del mismo modo la norma fundamental no está en las cosas mismas sino que la ponemos nosotros —y esto forzosamente— cada vez que queremos conocer el Derecho. Kelsen sigue aquí la línea neokantiana en la cual el conocimiento es constitutivo del objeto, pero no se hace cargo de las peculiaridades del ser del Derecho. Es obvio que hay ordenamiento jurídico —y, por ende, norma fundamental— aun allí donde falta la ciencia jurídica propiamente dicha y el conocimiento jurídico no pasa de ser un saber más o menos explícito en los jueces y funcionarios y más bien implícito en los súbditos. Sin embargo, en el plano en que se mueve la reflexión kelseniana es correcta: en el plano del conocimiento jurídico la norma fundamental es un supuesto del mismo. Este supuesto se encuentra implícito —es decir, funciona como supuesto— toda vez que atribuimos sentido jurídico a un hecho cualquiera de conducta, vale decir, toda vez que decimos: esto es un homicidio, aquello un contrato de locación, etcétera. Esto es lo que hace —por cierto a su manera tosca— el hombre de la calle y ya con mayor rigor el funcionario, pero típicamente como conocimiento jurídico, la ciencia del Derecho. Este punto es el que elabora Kelsen. La norma fundamental resulta así un supuesto gnoseológico, una categoría trascendental necesaria a todo conocimiento jurídico. A falta de ella habrá "hechos naturales", muertes, garabatos en papeles, etcétera, pero no hechos con sentido jurídico; homicidios o contratos (entre otros).

14.2.4. Precisiones sobre la norma fundamental y la Primera Constitución

No se debe confundir a la norma fundamental con la primera Constitución de un ordenamiento jurídico. La "Primera Constitución" es una norma positiva; ha sido instituida en un momento determinado por una autoridad determinada. Es la pieza más alta del ordenamiento jurídico positivo, pero su naturaleza no es diversa a la de otra norma cualquiera de dicho ordenamiento. La norma fundamental, en cambio, que establece simplemente la validez de esa primera autoridad y de esa Primera Constitución, *no es una norma jurídica positiva "puesta", sino "supuesta". Es el supuesto fundamental del que parte todo conocimiento jurídico.* Sólo bajo el supuesto de la norma fundamental puede interpretarse cono un sistema de normas jurídicas el material empírico que se ofrece al conocimiento jurídico (*Teoría Pura,* pág. 139). Con la norma fundamental la teoría pura del Derecho no hace sino poner de relieve las condiciones trascendentales, los supuestos del conocimiento jurídico, tal como éste se practica desde tiempo inmemorial (*Teoría Pura,* pág. 140), y esto nada tiene que ver con lo que es una Constitución.

Lamentablemente ciertas veces, en particular en derecho constitucional o en derecho político, se suele usar como sinónimo de "Constitución" a la expresión "norma fundamental" para aludir al lugar superior o fundante que toda Constitución tiene respecto de las restantes normas del sistema. Pero desde el punto de vista de la teoría general del Derecho la denominación "norma fundamental" no es, ni puede ser, una norma jurídica, como sí lo es la Primera Constitución.

Veamos ahora gráficamente la relación entre la Primera Constitución, la norma fundamental concreta y la norma fundamental abstracta:



14.2.5. El principio de efectividad

¿Cómo puede servir la norma fundamental (abstracta) que meramente menciona un "Primer Constituyente" para conferir sentidos jurídicos objetivos en un lugar y un tiempo determinados? ¿Cómo sabemos concretamente quién es el Primer Constituyente en un lugar y tiempo determinados? O, dicho en la terminología que empleamos más arriba: ¿cómo llenamos de contenido la pura forma vacía con la que nos hemos quedado al enunciar la norma fundamental (abstracta) y pasamos así a la norma fundamental (concreta), a la regla de reconocimiento que nos permitirá decidir si una norma dada pertenece o no a un sistema?

Esta concreción de la norma fundamental (abstracta) se logra acudiendo al principio de efectividad que dice: "Considera Primer Constituyente a aquel del que emana un ordenamiento jurídico eficaz en su conjunto" [9]. El principio de efectividad que finalmente hace depender toda validez (propia) del ordenamiento de la vigencia del mismo (en su conjunto) resulta algo chocante en una teoría (pura) que cifra su punto mismo de partida en la separación entre ser y deber ser, entre validez y vigencia. Sin embargo, es totalmente coherente con una teoría (pura) que pretende teorizar el derecho *positivo,* es decir, mostrar cómo éste es y no enunciar cómo debe ser. La ambigüedad de la teoría de la norma fundamental complementada por el principio de efectividad está, pues, en los fundamentos mismos de la teoría pura. Encerrada allí como en germen va a hacer explosión en la norma fundamental.

Enunciado el principio de efectividad parece ser que en resumidas cuentas toda la validez del ordenamiento depende en última instancia de un hecho social: la efectividad o vigencia. Los autores de tendencia realista pueden, pues, reprochar a Kelsen que toda su teoría de la validez reposa en haber arbitrariamente separado aquello que originalmente estaba unido y que el Derecho, que en último término es vigencia, efectividad, es como tal un hecho social susceptible de un estudio sociológico (así Ross, p. ej.). Contra este argumento Kelsen ha señalado que la eficacia del ordenamiento jurídico en su conjunto es una *conditio sine qua non,* pero no una *conditio per quam* de la validez del ordenamiento jurídico [10]. Sin embargo, los desarrollos que pretenden justificar esta afirmación no resultan en último término convincentes.

14.2.6. ¿Es necesaria la norma fundamental? Criterios idealista, empirista y existencial

Con su teoría del ordenamiento jurídico coronada por la idea de la norma fundamental Kelsen ha tenido, pues, éxito en mostrar un elemento necesario —digno de auténtica meditación filosófica— en el Derecho y/o en el conocimiento jurídico. Una pluralidad de normas va siendo progresivamente reducida, vía fundamentación de validez, vía derivación más o menos lógica, a una sola, la Primera Constitución. Y esto es así, en Kelsen, necesariamente. Pero ¿son efectivamente las cosas así? ¿Existe alguna necesidad para que *de hecho* las distintas normas deriven de una sola? Desde un punto de vista empirista, ateniéndose a los "puros" hechos, esto no sería necesario. De hecho, algunas normas pueden tener origen consuetudinario, otras emanar de órganos de un orden determinado (los *pater familias,* p. ej.), y otras de otro orden (los titulares del poder político,

[9] Atenta la distinción que hemos hecho entre norma fundamental abstracta y concreta y del principio de efectividad como aquello que permite el tránsito de la una a la otra, esta formulación del principio de efectividad es la que cala mejor en su esencia. Nos ahorramos, pues, algunas formulaciones como "Si A manda y B obedece la mayoría de las veces, A debe mandar y B obedecer siempre", algo alejada del centro de la problemática, así como también las consideraciones agregadas sobre el Derecho y fuerza (ya que la efectividad puede darse también por acatamiento espontáneo sin gran despliegue de fuerza).

[10] KELSEN, H., *Teoría Pura...,* cit., pág. 142.

etc.) sin que exista entre estos diversos orígenes u órdenes de órganos una conexión expresamente establecida ni aun para una patente coherencia (como pondrá de manifiesto más adelante la teoría de la norma de habilitación). Sin embargo, no hay que desesperar: sólo en casos muy raros —cuando, p. ej., en una lucha intestina dos bandos se disputan activamente por las armas la supremacía política— el hombre de la calle se encontrará en dudas y el jurista tendrá que confesarnos su impotencia para determinar el sentido jurídico de algunas conductas. Nos dirá entonces que ciertas conductas serán lícitas o ilícitas según adoptemos el punto de vista del ordenamiento O_1 o el punto de vista del ordenamiento O_2, sustentados respectivamente por cada uno de los bandos en pugna. Pero esas situaciones "anómalas" o enfermizas son extremadamente raras y de corta duración. Tienden a definirse y si se prolongan más allá de lo admisible, la necesidad de certeza tiende a dar algún *status* jurídico a los beligerantes y a reconstituir sobre una base, digamos dual, la determinación y previsibilidad de los sentidos jurídicos aplicables a las conductas de los particulares.

Salvo las situaciones de excepción contempladas más arriba y no obstante cualquier inconexidad y/o diversidad de origen real de las normas vigentes (costumbres, funcionarios centrales, funcionarios *de facto*, "órganos descentralizados", etc.), decíamos que el jurista se las arregla para ver a todas las normas como derivadas de una sola: la Primera Constitución. Y esto porque para él no es una cuestión de compulsar hechos —él no es un científico de la naturaleza ni aun un sociólogo— sino cuestión de integrarse en, y/o exponer, un sistema de creencias o convicciones vigentes en una comunidad, en un lugar y un tiempo determinados: las normas jurídicas que establecen en general y en particular cómo deben conducirse los miembros de esa comunidad [11]. El jurista debe adoptar, en otras palabras, un punto de vista interno al sistema mismo, es decir, el punto de vista del funcionario que también va a parar a una Primera Constitución —a pesar de la diversidad de orígenes reales— porque solamente así consigue entender lo que él va haciendo —como conducta lícita, autorizada, etc.— e integrarse de este modo con su conducta en la comunidad y, simultáneamente, concebir el sentido jurídico de una conducta cualquiera en forma unitaria, es decir, como una pluralidad de sentidos que en el fondo es uno solo. Pero lo que es cierto para el jurista y para el funcionario también lo es para el particular, el hombre de la calle. Éste no suele tener dudas sobre el sentido jurídico (objetivo) de su conducta en la

[11] En rigor, las incongruencias e incoherencias aparecen solamente si uno adopta un punto de vista externo al sistema.

gran mayoría de los casos en que procede a cumplir espontáneamente sus deberes jurídicos (así sea en la inmensa mayoría de esta inmensa mayoría, es decir, cuando el deber consiste meramente en el pasivo no hacer, en el no interferir con la conducta de los demás). Para los casos de duda el hombre de la calle sabe que existe un cuerpo de funcionarios integrantes del sistema —los jueces—, que terminarán por asignar a su conducta un sentido objetivo.

Kelsen funda, por consiguiente, el carácter necesario de la norma fundamental en exigencias de tipo racional: la unidad del objeto que pretende conocer la ciencia (*un* ordenamiento) y la coherencia lógica del pensamiento que debe mostrar lo uno (el ordenamiento) en lo múltiple (la multiplicidad de hechos, normas y/o sentidos objetivos de los hechos). Se comprende así que el carácter necesario de la norma fundamental no puede advertirse si se adopta un criterio empirista, ya que ese carácter (al menos en el planteo kelseniano) corresponde al pensamiento y no a los hechos. Sin embargo, este limitado origen no impide que la norma fundamental termine en última instancia afectando a los hechos mismos, ya que no sólo las "reglas de Derecho" formuladas por los juristas, sino las mismas "normas" emanadas de los funcionarios, y la conducta de estos últimos —y también la conducta de todos los miembros de la comunidad— van a contener una referencia a la norma fundamental.

La teoría kelseniana originaria explicaba este extraño poder del pensamiento sobre los hechos mismos siguiendo las vías del neokantismo. Para este corriente el pensamiento constituye su objeto. Nada extraño tiene, por consiguiente, que reaparezcan en el objeto ciertos caracteres necesarios que son propios del pensamiento y que este último ha impreso en aquél. El razonamiento parece convencer, pero olvida que antes de la constitución del objeto por el pensamiento suele haber una preconstitución del ente por la apertura al mundo propia de la existencia (ser-en-el-mundo). Y sobre todo olvida que en el caso del Derecho esa preconstitución no es propiamente la de un ente, ya que engloba al propio existente que hace la apertura (hacia *su* comunidad, *su* mundo jurídico). En esto consiste el "punto de vista interno" o ideológico del que nos hablan los empiristas. Teniendo en cuenta lo dicho tendremos que decir que el nivel más profundo de la norma fundamental se encontrará en esa preconstitución del "mundo jurídico", del pertenecer a una comunidad, y que Kelsen sólo la muestra al nivel de la ciencia donde aparentemente se restaura la división sujeto-objeto. Y decimos que aparentemente porque la exigencia del "punto de vista interno al sistema", del que hablan los empiristas, o el "saber de protagonista" del que habla Cossio, pone de manifiesto que el enfrentamiento sujeto-objeto no termina de lograrse. Este enfrenta-

miento no está en la base del conocimiento, como su fundamento, sino que se encuentra fundado en el mismo. La vida, la existencia, es conocimiento propiamente dicho sólo como fruto de una actitud más o menos elaborada. Pero mucho antes —incluso históricamente, antes de la constitución del saber científico-filosófico— la vida lleva implícito un saber. El Derecho es una dimensión de la existencia que se da con el hombre mismo aun antes de que el conocimiento propiamente dicho se constituya. No es necesaria la ciencia jurídica para que haya Derecho. Basta el saber implícito en la acción misma. Esto se ve mejor que en ninguna otra parte en el funcionario —que representa típicamente el punto de vista interno de que hablábamos— que tiene que saber lo que hace y al mismo tiempo tiene que saber-conocer la conducta a la cual atribuye sentido [12].

A la altura del conocimiento elaborado científico-racional que se pueda haber alcanzado en cierto momento de la historia, no hay ni puede haber diferencia *como conocimiento* entre el de un jurista y un juez (y estos últimos suelen ser buenos juristas). Sin embargo, hay siempre una diferencia de principio en que lo decisivo resulta no lo que el juez piensa sino lo que hace, y por ello puede ser juez un lego —y necesariamente lo fueron antes de la ciencia del Derecho—. Lo decisivo pues, al ser del juez, es el saber implícito en su acción y no su ciencia, aunque también pueda tenerla. Lo que hemos dicho del funcionario se aplica también al miembro de la Comunidad donde el conocimiento propiamente dicho interesa poco y nada, y en cambio el hacer mismo lo es todo. Pero en este hacer también hay un saber. Hay un saber puesto de manifiesto en la inmensa mayoría de los casos en que el particular cumple su deber jurídico. Y téngase especialmente en cuenta que la inmensa mayoría de los deberes jurídicos consisten en un omitir, un no interferir en la conducta de los demás, en donde se ve que la pura pasividad encierra ya un saber.

Las teorías de base empirista van a contemplar estos hechos con el prejuicio de los "puros hechos". Estos puros hechos son lo único que hay, y, por lo tanto, lo único que puede interesar a una verdadera ciencia. El pensamiento habitual del jurista (normativo), y del funcionario, etcétera, es un "punto de vista interno" al sistema y constituye como tal una ideología, ya que en lugar de atenerse a los hechos pretende para éstos una cierta "validez" que el verdadero científico no puede detectar por ningún lado. La ciencia jurídica debiera por lo tanto ser reformada y los científicos limitarse a afirmaciones de hecho como que tal o cual norma se en-

[12] En casos extremos —como la defensa propia, p. ej.—, es claro que el juicio sumarísimo sobre la conducta agresiva debe llegar al nivel del saber practognótico, ya que en caso contrario sería demasiado tarde para actuar.

cuentra vigente en un lugar determinado. La norma fundamental sirve sólo para conferir "validez metafísica" a la vigencia que es el verdadero tema jurídico [13].

En este punto la egología puede señalar que ni Kelsen con su idealismo ni los empiristas con su dogma de los puros hechos, consiguen fundar correctamente el tema de la norma fundamental, lo que debe hacerse mostrando un hecho que es también saber: la vida humana. En ésta, la norma forma parte de la conducta misma como saber implícito en ella. En el plano del funcionario —que es donde se puede ver mejor el tema—, ello significa que él debe integrarse en la programación comunitaria asumiendo autónomamente la heteronomía —debe por fuerza adoptar el "punto de vista interno" [14]—. Y para ello debe integrarse no en dos o tres programaciones diversas sino en una sola, pues de otro modo no sabría cuál es la conducta que debe realizar ya que distintas programaciones requerirán conductas distintas incompatibles entre sí.

En el plano del particular esto significa que él podrá proyectarse a consuno con la programación comunitaria (asumiendo también autónomamente la heteronomía), sabiendo a qué atenerse en su entendimiento con los demás.

14.2.7. El principio de efectividad y la norma fundamental concreta

La norma fundamental abstracta es siempre exactamente la misma a través de los tiempos y los distintos sistemas jurídicos. Siempre dice, en su forma sintética: obedece al legislador originario ¿Pero a quién debo considerar legislador originario? ¿Cuál va a ser la norma fundamental concreta? La respuesta a estas preguntas se alcanza a través del principio de efectividad.

El principio de efectividad dice que *debemos considerar Primera Constitución a aquella de la cual emana un orden jurídico que es eficaz en su conjunto*. Si bien la norma fundamental dice siempre lo mismo, cuando vamos a ver el contenido de la Primera Constitución, cuando queremos determinar quién es en definitiva el legislador originario al cual debemos obediencia, nos encontramos con que, en distintas circunstancias históricas, las respuestas van a ser diferentes. Así, en la Francia de Luis XIV la primera Constitución era el conjunto de normas, consuetu-

[13] Exponemos a grandes rasgos las ideas de Alf Ross.

[14] Como señala con agudeza el mismo Ross, para algunos las normas deben ser válidas por sí mismas. Deben acatarlas no por el temor de las sanciones, sino porque las consideran válidas.

dinarias o no, por las cuales se había institucionalizado la monarquía. El contenido de cada Primera Constitución va cambiando con el tiempo y lugar porque el principio de efectividad nos remite, en cada caso, al ordenamiento *vigente*.

El principio de efectividad nos pone de manifiesto que el Derecho está en relación directa con la fuerza. Que un ordenamiento esté vigente o no va a depender, en definitiva, de un hecho de poder o de fuerza. Y el reconocimiento que hacemos de un ordenamiento jurídico es, exclusivamente, sobre la base de su eficacia general, y con total independencia del contenido o sistema que implante. Así, el régimen jurídico nazi, puesto que era eficaz en su conjunto, por el solo hecho de serlo nos obligaba a reconocer en sus constituyentes al legislador originario que, según la norma fundamental, debe ser obedecido. Y por inicuas que fueran las leyes, eran tan válidas como las de cualquier democracia.

Es un error iusnaturalista pensar que sólo el derecho justo es Derecho. Al ver la doble purificación kelseniana desechamos la identificación o confusión entre el deber ser jurídico y el deber ser axiológico; sobre la base de esa importante distinción es que resulta claro advertir que es suficiente con que un ordenamiento sea eficaz en general para que su primera constitución deba ser obedecida, sin que las bondades o arbitrariedades del sistema lo afecten en lo más mínimo.

14.2.8. El principio de efectividad y el fenómeno "revolución"

Este principio de efectividad puede ser visto aún con mayor claridad si lo vinculamos con el fenómeno "revolución". Por definición un acto revolucionario representa, entre otras cosas, la aparición de órganos de poder por un procedimiento no establecido por las normas preexistentes. La norma que instaura al poder revolucionario no deriva del ordenamiento anterior, sino que lo deroga o modifica. La validez de esta "norma revolucionaria" sólo puede emanar —norma fundamental de por medio— de la efectividad de la revolución. Podemos hacer este razonamiento: si la revolución triunfa se produce el cambio de la norma fundamental por una nueva; si la revolución fracasa, por el contrario, sus promotores son juzgados de acuerdo con las normas que derivan su validez de la norma fundamental antigua. *La norma fundamental de un Estado singular depende pues, en cierto modo, de un hecho de poder.* Se trata de formular científicamente una antigua verdad: "El Derecho no puede existir sin la fuerza, no obstante lo cual no es idéntico a la fuerza" (*Teoría Pura,* pág. 143). Este hecho tiene su fórmula exacta en el *principio de efectividad* que reza: "La eficacia del orden jurídico en su conjunto es una condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran" (*Teoría General,* pág. 122). "La Constitución estatuida por el primer legislador histórico sólo es válida bajo el supuesto de que ella sea eficaz...". La eficacia del orden jurídico en su conjunto es una condición *sine qua non* de su validez (*Teoría Pura,* pág. 142).

En síntesis: si la revolución ha triunfado quiere decir que el ordenamiento anterior ha dejado de ser eficaz; si no es eficaz, la norma que le dio origen no es más la "Primera Constitución" que de acuerdo con la norma fundamental "debe ser obedecida"; y, al ser eficaz en su generalidad el régimen revolucionario, resulta que la norma que lo establece, en virtud del principio de efectividad pasa a ser la "Primera Constitución" que "debe ser obedecida". Este razonamiento, que puede parecer algo difícil, no hace más que comprender científicamente el fenómeno revolucionario que se da a diario en distintas partes del mundo. Incluso cabe señalar que no hay régimen jurídico alguno que no haya nacido como un hecho revolucionario que derogó o reformó por la sola vigencia de la fuerza al régimen anterior. Cada vez que esto sucede cambia el primer legislador y, obviamente, la norma fundamental concreta; a partir de ese hecho debe obedecerse al nuevo "primer legislador".

14.3. Lineamientos generales de la gradación normativa (la pirámide jurídica)

Los desarrollos anteriores nos permitirán ahora esbozar en rasgos muy generales la estructuración a la que se encuentra sometida la creación normativa de los órganos en las diversas gradas de la pirámide jurídica a partir de la primera Constitución y hasta llegar a la sentencia [15].

1) La Asamblea Constituyente, al dictar la Constitución vigente, aplicó una *Constitución anterior* (que puede ser primera) de un carácter *puramente formal;* en ella se prevé un procedimiento: *quién y cómo* se encuentra autorizado para dictar una Constitución o, lo que es equivalente, quién y cómo se encuentra autorizado para reformar la Constitución (v.gr., asamblea constituyente especialmente reunida al efecto, necesidad de la reforma declarada por cierta mayoría de ambas cámaras, etc.).

2) *La Constitución* vigente tiene un carácter *prevalentemente formal.* La Constitución es la norma o el conjunto de normas en la que se prevé

[15] Advertimos que el orden que va desde la Primera Constitución hasta las normas individuales tiene virtudes puramente expositivas, siendo el orden inverso de la fundamentación de la validez de la norma individual (que va desde ésta hasta la Primera Constitución) el constitutivo y fundante de la pirámide jurídica.

el órgano u órganos *(quién)* autorizados para dictar normas jurídicas generales y el procedimiento *(cómo)* mediante el cual se llega a esa sanción. En un mismo cuerpo o texto constitucional se incluyen usualmente con dichas normas, otras en las que se establecen otros órganos (Ejecutivo, Judicial) y el tipo de normas que se encuentran autorizados a dictar (competencia), dando así jerarquía constitucional al principio político de la separación de poderes.

Junto a las normas referidas, que constituyen lo que suele denominarse *parte orgánica* de la Constitución (en la nuestra, Segunda Parte: "Autoridades de la Nación") y que tiene un carácter puramente *formal* (quién y cómo de un procedimiento), suelen incluirse también en las cartas fundamentales normas de contenido *material* que reciben genéricamente el nombre de *parte dogmática* (en la nuestra, la mayoría de los artículos de la Primera Parte: "Declaraciones, derechos y garantías". La Constitución determina pues, en primer lugar el órgano y el procedimiento legislativos (también frecuentemente otros órganos), pero también establece en cierta medida el *contenido* de la creación legislativa ya que, por ejemplo, el legislador no podrá dictar normas que establezcan la esclavitud, que supriman la propiedad privada o repriman penalmente, con efecto retroactivo, hechos que no constituían delito. *La creación de normas generales se encuentra sometida a la Constitución,* por lo tanto, en un doble aspecto: 1°) *formalmente,* porque debe hacerse por los órganos y el procedimiento establecidos en ella; 2°) además, porque debe ajustarse, en su *contenido,* a lo dispuesto en términos generales en la misma Constitución.

3) *La ley* (en términos generales, la norma general) estructura la decisión judicial en una forma *equilibradamente formal y material.* El juez aplica, por una parte, la *ley de forma* que le atribuye jurisdicción y competencia y la que organiza el proceso (Ley de Organización de Tribunales, Código de Procedimientos) y, por la otra, la *ley de fondo* (Código Civil, Penal, etc.) que contempla la relación jurídica sometida por la ley de forma a su decisión. Mientras la Constitución determina en muy pequeña medida la creación legislativa, pudiendo ésta tener cualquier contenido siempre que no transgreda ciertas limitaciones (derechos y garantías constitucionales), la ley, en cambio, determina en una medida mucho mayor la creación judicial.

4) En la *sentencia* judicial (o la resolución administrativa) se encuentra ya determinada la norma individual del caso y se ha llegado al fin de la cadena normativa. La pura ejecución que la sigue no es ya una norma, sino un hecho que recibe su sentido jurídico de la norma individual contenida en la sentencia.

14.4. La creación graduada del Derecho y la pirámide jurídica

Con lo que hemos visto sobre el predominio de la fundamentación formal en este capítulo, y lo que vimos luego sobre la pirámide jurídica, advertimos que a medida que vamos tomando normas de mayor jerarquía éstas son cada vez más formales y con menores contenidos materiales.

Por ejemplo, una primera Constitución establece sólo el órgano y el procedimiento para la reforma constitucional. La segunda Constitución, dictada en virtud del procedimiento establecido en la Constitución anterior, incluye ya algunos contenidos materiales (supresión de la esclavitud, cárceles sanas y limpias, abolición de torturas, etc.) además de la extensa y completa reglamentación formal que prescribe —órganos y procedimientos— para la creación de normas inferiores. Las leyes que se dicten ya van a tener cierto equilibrio entre el contenido material y el aspecto formal y por último, las sentencias van a tener solamente contenido material.

En las normas superiores hay predominio o exclusividad de disposiciones formales, en las leyes (normas de "jerarquía media") hay cierto equilibrio entre los aspectos formales y materiales, y en las normas inferiores (sentencias) sólo encontramos contenido material, o mejor dicho, esta última termina por absorber al primero porque lo que está mentado, la conducta de un súbdito (no órgano) comprende tanto lo material (qué debe hacerse) como lo formal (quién y cómo debe hacerlo) o mejor aún —para el caso de la perinorma-sanción—, a quién debe hacérselo.

Debido a esta característica del ordenamiento resulta que, cada vez que se aplica una norma superior para dictar una inferior, se está creando Derecho. Se crea Derecho al determinar con qué contenido material concreto se va a "llenar" el marco que ofrece la norma superior. Al ir apareciendo en cada grada inferior contenidos materiales que *no* estaban en las normas superiores, se evidencia que se ha ejercido un acto de creación.

Cada norma superior es un marco conceptual dentro del cual el órgano respectivo creará la norma inferior. Nunca hay una pura "aplicación" de una norma; siempre, necesariamente, se aplica la norma superior creando una norma inferior.

El pensamiento tradicional sostenía que la tarea del juez era, exclusivamente, la de "aplicar" las normas superiores. Esto se haría en virtud de un silogismo cuya premisa mayor es la ley, la premisa menor las circunstancias del caso, y la conclusión la sentencia. Y así como en el silogismo

la conclusión se deriva necesaria y automáticamente de las premisas, de la misma manera las sentencias debían derivarse de las leyes y las circunstancias del caso.

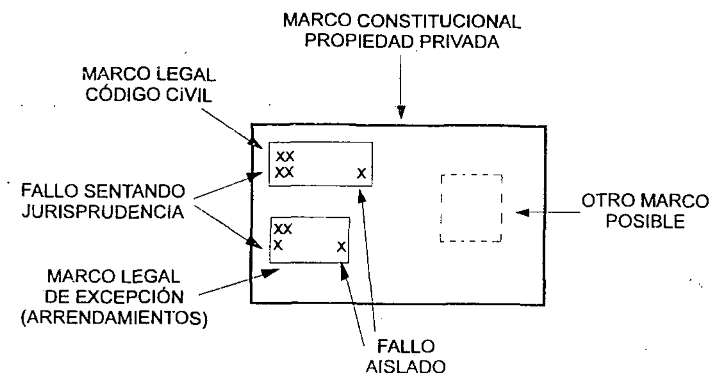
Pero esta concepción es correcta solamente en los casos más sencillos en los que el juez conceptuará el caso individual como miembro de una especie que, por su parte, se encuentra claramente contenida en el género legal. Pero como las leyes se encuentran redactadas en un lenguaje natural que posee una estructura abierta, resulta que unas especies se encuentran claramente contenidas en el género legal, otras se encuentran claramente excluidas de él, en tanto que algunas se encuentran en una zona borrosa o indefinida. Una ley que menciona, por ejemplo, a las personas de sexo masculino, incluye claramente a los varones, excluye a las mujeres, pero deja en situación indefinida a los hermafroditas. El juez tiene, por una parte, un caso individual de conducta sometido a su decisión y, por la otra, un conjunto de normas generales como candidatas a ser las normas aplicables. El juez debe tener en mente las normas generales candidatas y, además, el caso individual con sus circunstancias relevantes. Si estas últimas configuran un caso de una especie claramente contenida en un género legal, elige la norma aplicable y procede luego al silogismo judicial. Pero si las circunstancias relevantes del caso no configuran una especie claramente contenida en un género legal, además de elegir la norma general aplicable debe proceder a decidir si la especie con la que él conceptúa su caso, se encuentra o no incluida en el género legal.

De lo expuesto surge que la norma superior funciona como un marco que excluye ciertas posibilidades pero que, dentro de las que admite, autoriza al órgano que la aplica a realizar una creación normativa. Esto puede verse en relación a la Constitución que funciona como norma superior para el legislador.

Podemos representar gráficamente, en una forma muy simple, cómo la norma superior (o fundante) funciona como un marco de posibilidad dentro del cual se procede a una nueva creación normativa cuando se dicta una norma inferior (fundada).

Tomemos como norma superior la Constitución. Ella establece y garantiza la propiedad privada. Pero dentro del marco constitucional caben tanto las doctrinas romana o manchesteriana como las que propician la función social de la propiedad. Dentro de ese marco puede establecerse que en ningún caso tendrá lugar la expropiación, o que ésta puede realizarse bajo ciertas condiciones. Incluso puede, como lo hemos visto en nuestro Derecho, consagrarse un régimen de excepción para las locaciones urbanas. La determinación de cuál ha de ser el régimen al cual se so-

meterá la propiedad, dentro de las posibilidades que ofrece la garantía constitucional, es, indudablemente, un acto de creación.



Igualmente, cada norma o cuerpo legal, a su vez ofrece ciertas posibilidades al juez. Éste debe en cada caso crear un norma que siga la corriente jurisprudencial o apartarse de ella. Todo cambio jurisprudencial, fenómeno que es relativamente común, nace como un fallo aislado que se aparta de la solución seguida para casos similares. O sea, es un acto de creación dentro del marco legal que brinda una nueva posibilidad para resolver los conflictos de cierta analogía. Incluso el fallo que sigue rígidamente la jurisprudencia dominante también crea una norma individual, puesto que está determinando que *ese* caso concreto y específico al cual se refiere debe recibir sentido jurídico de cierta norma general (y no de otra) y bajo la interpretación predominante (y no de otra).

14.5. La interpretación. Intelecto y voluntad

Creación y aplicación del Derecho son, pues, términos correlativos. Salvo en la Primera Constitución en la que hay sólo creación sin aplicación de ninguna norma superior, y en la ejecución de sentencia, donde sólo hay aplicación sin creación de ninguna otra norma [16], en todas las gradas normativas hay, simultáneamente, creación y aplicación de normas.

[16] Aunque en algunos casos puede haberla, p. ej., una sentencia puede dejar indeterminados algunos puntos, como la liquidación del monto de la condena, o las cosas a embargar. En esos casos para determinarla específicamente habría que, todavía, dictar o crear una norma más.

Por ello la interpretación, dice Kelsen, sería así una tarea "espiritual" que acompaña a la creación graduada del Derecho. En este proceso espiritual, una vez representadas con la mayor nitidez posible las posibilidades que otorga la norma superior, todavía es necesario tomar una decisión dentro de estos límites. Esta decisión que integra necesariamente la interpretación, según Kelsen, es un acto de *voluntad* que interesa más a la política que a la teoría del Derecho.

Como el órgano que ejerce la voluntad para decidir *qué* posibilidad elegirá lo hace siempre dentro de los límites impuestos por la norma superior, la teoría kelseniana de la interpretación ha sido denominada "voluntarismo estructurado". Esto quiere decir que la norma inferior se crea mediante un acto de voluntad que se ejerce dentro —o sometido a— la estructura dada por la norma superior.

El pensamiento tradicional al respecto ha sostenido con todo vigor que el juez sólo "aplica la norma", escandalizándose ante la descripción que muestra la interdependencia entre creación y aplicación del Derecho. Esta posición tiene una notoria base ideológica, puesto que su objetivo no es la tarea científica que implica una descripción neutral, sino afianzar por todos los medios el valor "seguridad jurídica". Si se oculta al juez que, haga lo que hiciere, siempre estará creando una norma, a la vez que se proclama como expresión científica que todo juez es "esclavo o siervo de la ley" y sólo debe limitarse a "aplicarla", se traba la modificación jurisprudencial del sistema preestablecido. Con ello se logra colocar el valor "seguridad jurídica" por encima de cualquier otro.

Sin perjuicio de volver sobre estos temas en el capítulo referente a la interpretación, y sin dejar de destacar el indudable avance que significó la teoría kelseniana de la interpretación frente a las concepciones clásicas o tradicionales, podemos esbozar una crítica a la forma en que él describe la participación del intelecto y la voluntad en la tarea de interpretar.

Para él hay una separación tajante entre la decisión voluntaria y lo que entiende como intelecto. Esa separación no es realista, y de ella resultan empobrecidos ambos elementos. Ha sido ya suficientemente destacado por diversas corrientes y escuelas, que la determinación de la ley aplicable y de los límites de las posibilidades que ella ofrece no se hace mediante un procedimiento puramente intelectual —como sostiene Kelsen— sino que, desde el comienzo mismo de la interpretación, esa tarea va siendo guiada por la comprensión que el intérprete hace del caso. Es decir que primero hay una comprensión del sentido de la conducta y luego hay una conceptualización de él con la norma jurídica más adecuada para expresarlo con la mayor realización de justicia posible. La interpretación va a ser, entonces, la conceptualización del caso concreto con la norma que consagre mejor los valores jurídicos vigentes, conceptualización que viene precedida, necesariamente, por la captación del sentido axiológico del propio caso.

14.6. Conflicto entre normas

14.6.1. Conflicto entre normas de diversa jerarquía. La habilitación

De acuerdo con la noción que hemos visto de validez, ésta consiste en la conformidad de la norma fundada (inferior) con la norma fundante (superior). Así, una norma resultaría válida solamente cuando ha sido dictada por el órgano, mediante el procedimiento y con el contenido prescripto en normas superiores. Y si no se diesen estos tres requisitos *simultáneamente* parecería que, con toda coherencia lógica, habría que caracterizar como inválida a la norma inferior. Pero la realidad nos va a mostrar que no siempre es así. La coherencia lógica se rompe para dejar paso a una sorpresa.

Si bien el conflicto entre normas de distinta jerarquía se resuelve, *generalmente,* con la invalidez de la norma inferior, hay casos en los cuales, no obstante ese conflicto, la norma inferior no resulta inválida. Pongamos un ejemplo: sabemos que la Constitución prohíbe los castigos corporales; imaginemos ahora que cierto día el Poder Legislativo sanciona una ley estableciendo para ciertos delitos la pena de azotes, ley que es promulgada por el Ejecutivo e, incluso, incorporada al Código Penal; imaginemos que en cierto caso un juez condena a alguien a sufrir diez azotes, obviamente el condenado puede recurrir de la sentencia argumentando que viola la Constitución y que la ley en cuestión es inconstitucional. Pero si *no recurre,* o lo hace fuera del plazo establecido, resulta que esa sentencia queda firme. Con lo cual, a pesar del evidente conflicto con la norma constitucional, no deja de ser válida. Pero todavía podemos imaginar que, aun recurriendo en término, el tribunal más alto (en nuestro país la Corte Suprema) resuelva que la ley que establece la pena de azotes no es inconstitucional. Esto que acabamos de mostrar respecto de una ley inconstitucional (por contradicción material o de contenido) puede suceder respecto de una sentencia dictada contra una ley. Si no se intentan los recursos que existen contra la misma, o, si intentados, el tribunal más alto los desestima, esa sentencia resultará válida.

Lo mismo puede suceder respecto de la violación, no ya de los contenidos materiales como en nuestro ejemplo, sino de las formas o procedimientos exigidos por las normas superiores para dictar la norma inferior. O, también, que el órgano que dicta la norma no sea el que tiene la facul-

tad para hacerlo. En todos estos casos, no obstante la evidente contradicción lógica entre norma fundante y norma fundada, puede suceder que no se llegue a pronunciar la invalidez de la norma inferior.

El mismo ordenamiento jurídico autoriza a ciertos órganos del Estado a pronunciarse sobre la existencia —o no— del conflicto. Solamente ciertos órganos del Estado están autorizados para decretar o reconocer que existe una contradicción entre normas de distinto grado y anular la inferior. Y si esos órganos no reconocen la contradicción, por evidente que ella sea para el resto de los ciudadanos, la norma inferior no será anulada. En ausencia de un acto expreso de esos órganos toda norma debe ser tenida por válida, por inconstitucional que les parezca a los particulares; la opinión de estos últimos es irrelevante para determinar la existencia o no de una causal de invalidez.

Lo que sucede —según Kelsen— es que la norma superior ofrece, en realidad, una alternativa: la norma inferior va a ser válida cuando sea dictada con el contenido, por el órgano y con el procedimiento que prescribe la norma superior o cuando tenga *cualquier otro contenido* o sea dictada por *cualquier otro órgano* o con *cualquier otro procedimiento, siempre que sea convalidada por el órgano pertinente.* En ambos casos habrá igualmente validez. Esta "convalidación" que recibe la norma que a primera vista aparecía como inválida, pero que en la realidad jurídica no lo es, se denomina "habilitación".

La primera parte de la alternativa mencionada precedentemente constituye la forma "normal" o "usual" de validez; la segunda es la forma "anormal o patológica". La denominación de "normal" que recibe la primera parte de la alternativa introduce —a pesar del mismo Kelsen— consideraciones valorativas y fácticas inevitables.

Con terminología que, aunque no es propia de Kelsen, resulta expresiva para designar la situación referida, se denomina "norma de habilitación" a ésta la segunda parte de la alternativa que necesariamente se encuentra en la norma superior —expresa o implícitamente— y que sirve para fundar la validez de las normas aparentemente carentes de ella, *habilitando o convalidando* de este modo la decisión del inferior.

Es éste uno de los puntos más sutiles del análisis kelseniano por lo cual, sin perjuicio del desarrollo general que antecede, lo ejemplificaremos a continuación con algún detalle en la hipótesis del legislador, del juez, de transgresión a la norma procesal (formal) y transgresión a la norma de fondo (material):

a) Ley "anticonstitucional" por transgresión de límites materiales

Supongamos que el Poder Legislativo sanciona una ley contraria a alguno de los derechos de jerarquía constitucional, por ejemplo, una ley contraria a la libertad de cultos —imponiendo a todos los habitantes el católico— o contraria a la libertad de prensa, imponiendo la censura previa, etcétera. En la mayoría de las constituciones no se encuentra previsto un procedimiento ni un órgano a los que se atribuya competencia para invalidar las leyes que se encuentran en pugna con el texto constitucional. En los países que siguen tal sistema no existe, en rigor, el problema de la "constitucionalidad" de las leyes porque, como no hay distinción entre poder constituyente y Poder Legislativo ordinario, resulta que todas las leyes sancionadas por éste son "constitucionales". Pero en los Estados Unidos y en nuestro país, sobre la base de un texto constitucional que establece la primacía de la Constitución y las leyes que se dicten *como consecuencia de la misma* (Const. Nac., art. 31), se ha elaborado una doctrina llamada de la "supremacía de la Constitución". En virtud de esta doctrina el Poder Judicial, aunque no puede anular o invalidar con alcance general las leyes que se encuentren en pugna con el texto constitucional, se ha arrogado la facultad de no aplicarlas en los casos sometidos a su juicio. En los Estados Unidos y entre nosotros puede suceder todavía que el Poder Judicial, en el caso concreto sometido a su decisión, entienda que no existe la tal contradicción y aplique —malgrado la objeción de inconstitucionalidad— la ley en cuestión. En suma: la ley recibirá aplicación al caso, o no la recibirá, la ley será constitucional o anticonstitucional, según lo declare el órgano judicial supremo al cual está deferido positivamente el caso en cuestión y el pronunciamiento sobre la constitucionalidad.

b) Ley "anticonstitucional" por transgresión de límites formales (órgano o procedimiento)

Supongamos que se publica en el órgano oficial una ley en cuya sanción no se ha cumplido con el procedimiento que prevé la Constitución para la sanción de las leyes. O supongamos que promulga una norma legal un órgano que no es el que prevé la Constitución. En ambos casos —independientemente de las sanciones que puedan corresponder a los órganos transgresores— nos encontramos, en lo que se refiere a la validez de dichas normas, en la misma situación que en el caso anterior: el Poder Judicial podrá aplicar o no dicha norma; en el primer caso ella habrá sido habilitada o convalidada y en el segundo, en cambio, anulada para el caso concreto por el órgano supremo del mismo.

c) Sentencia "contra ley" material

Supongamos que un juez dicta una sentencia contraria al texto legal de fondo. Donde éste establece una pena de ocho a veinticinco años dicta, por ejemplo, una pena de veintiséis; o donde aquél requiere mayoría de edad, el juez declara la validez de un acto otorgado por un menor, etcé-

tera. Contra la sentencia del juez de primera instancia tiene, el que se siente agraviado por la misma, ciertos recursos para ante un tribunal superior; contra la sentencia de este último tiene quizá todavía recurso ante otro, etcétera. Pero esta cadena de instancias revisoras tiene, necesariamente, un fin. Si el particular agraviado no intenta los recursos previstos en la ley procesal en el término acordado por la misma o si, intentados dichos recursos, el órgano supremo hasta el cual llega el interesado confirma la sentencia del juez de primera instancia, ésta queda habilitada o convalidada y hace, además, cosa juzgada. También en este caso la validez o invalidez de la "norma antinormativa" depende en última instancia de la decisión de un órgano, y esta situación, a la que designamos con el nombre de "habilitación", se encuentra prevista y consagrada por el mismo orden jurídico positivo.

d) Sentencia "contra ley" formal

Un caso en todo similar al anterior se da cuando la sentencia aparece en violación a la norma que establece la competencia del órgano o el procedimiento fijado para llegar a la misma. Si no se alega en tiempo y forma la incompetencia o no se intentan —también en tiempo y forma— los recursos previstos por la ley (de nulidad por violación de las formas sustanciales del proceso) o si, alegada dicha incompetencia o nulidad, es desechada por el juez, por el tribunal y, en última instancia, por el órgano supremo, la sentencia queda habilitada o convalidada y no existe, en adelante, oportunidad de cuestionar su validez por aplicación de la cosa juzgada.

Como vemos, la norma de habilitación es una alternativa que, a lo largo de la creación graduada del Derecho, permite conferir validez a cualquier norma surgida de la misma, cualquiera sea el procedimiento de su creación y el contenido de dicha norma.

14.6.2. Norma de habilitación y cosa juzgada

La habilitación no debe confundirse con la cosa juzgada. Esta última es una institución de derecho positivo que consiste en la prohibición de alterar el contenido de las sentencias firmes. Se trata de una institución altamente conveniente fundada en el valor seguridad, que es reconocida por todos o la gran mayoría de los regímenes conocidos. Sin embargo, es perfectamente concebible que la cosa juzgada no sea reconocida en general o para ciertos casos particulares, difiriendo a algún órgano especialmente calificado la facultad de conocer en los casos ya fallados por los jueces ordinarios mediante un recurso de revisión abierto sin limitación alguna de tiempo, etcétera. Hasta sería patente la conveniencia de tal institución en algunos casos como, por ejemplo, para revisar sentencias condenatorias por homicidio en los casos de aparición ulterior del supuesto occiso. Pero aun en estos casos es obvio que no se trata de que la norma general del Código Penal actúe por sí misma mágicamente para rectificar el error judicial cometido, sino que es necesario un nuevo pronunciamiento por un juez o un tribunal.

Estas últimas consideraciones ponen de relieve qué es lo propio de la habilitación y cuál es su auténtico fundamento. Ella no es una institución contingente —como sí lo es la cosa juzgada— que puede darse o no en cierto ordenamiento, sino que es una estructura necesaria del Derecho, de todo Derecho habido o por haber. Su auténtico fundamento es de carácter ontológico y radica en que, siendo el Derecho conducta, su realidad se da en los casos individuales. Las normas generales —como sentidos de la conducta— son siempre meramente aproximativas y se encuentran en inferioridad respecto de las normas individuales en lo que se refiere a su vigencia o efectividad. La positividad del Derecho requiere que el sentido jurídico (que el jurista estudia) sea efectivamente el sentido sustentado por la conducta misma. La positividad se da así en la forma inmediata en las sentencias (acatadas por la comunidad) y sólo en forma mediata en las leyes y otras normas generales (y lo hace a través de las decisiones que aplican dichas normas generales). De aquí que en caso de conflicto predomine la sentencia sobre la ley, porque a la norma de "inferior jerarquía" —la sentencia— se adhiere la positividad que a la de "mayor jerarquía" le falta respecto del caso en cuestión.

En otros términos: las normas generales no tienen brazos ni armas para asegurarse efectividad. Son los hombres-funcionarios los que las tienen y éstos pueden apartarse de las normas generales. Tal el fundamento de la habilitación. El fundamento de la cosa juzgada se encuentra en la decisión de dar seguridad a las partes de un proceso de que lo que en él se resolvió no será ya nuevamente objeto de controversia.

14.6.3. Conflicto entre normas de igual jerarquía: "lex posterior derogat priori"

Si bien este tema debe hacerse cargo de una de las características del ordenamiento jurídico, en rigor excede el planteo puramente lógico-formal kelseniano puesto que, para su correcta solución, debe hacerse jugar el factor *tiempo,* que está ausente en toda la teoría de Kelsen.

Según Kelsen y Merkel, las normas tienen una especie de "vocación de eternidad" porque, una vez dictadas, conservan su validez hasta que no se las derogue expresamente. Y ello sería así puesto que la relación con las normas superiores, la cual determina su validez, permanece invariable a través del tiempo.

Sin embargo, los romanos, con su gran sentido práctico, advirtieron que la solución correcta era asignarle a la norma más reciente una preponderancia sobre la más antigua, de tal suerte que el conflicto entre dos normas de igual jerarquía se resolviera por la derogación tácita de la norma anterior por la posterior. Esto es lo que quiere decir el adagio: *lex posterior derogat priori.*

El fundamento filosófico de ese adagio se alcanzó con la investigación que, con perspectiva egológica, realizara Esteban Ymaz [17]. Él señala que no se trata de considerar a las normas como puros pensamientos intemporales, sino como el pensamiento normativo que efectivamente se da en una comunidad determinada. Ésta es una característica "que vincula la norma con el tiempo y que precisamente hace posible que pueda discurrirse acerca de su temporalidad, empresa impracticable en cuanto a los objetos ideales". Este pensamiento normativo que da expresión al proyecto-programa comunitario perdura en el tiempo en la medida que logra dar adecuada comprensión a la conducta. Por ello, la norma formulada en el presente deroga tácitamente todas las normas anteriores de igual jerarquía que estén en conflicto con ella; es obvio que siempre habrá una mejor comprensión de la conducta con el pensamiento comunitario formulado en el presente, que con el que se formuló en el pasado. Aunque este último no sea derogado en forma expresa. En otros términos: el conocimiento de la conducta que pueda emprenderse para un caso cualquiera por el jurista, como conceptuación de la misma, lleva en sí, en forma más o menos explícita, la totalidad de las normas, el ordenamiento con el cual el jurista va a juzgar ese caso. Y lo mismo cabe decir del juez o del funcionario. Pero ese conocimiento se ejerce en un tiempo determinado y, como hemos visto, el ordenamiento no existe en sí mismo como tal sino que es construido por el juez o por el funcionario y/o el jurista a partir de la exigencia de unidad (norma fundamental) por un lado, y de su propia condición de miembros o partícipes de esa comunidad y ese ordenamiento, por el otro [18]. Esta última condición vincula dicha tarea no solamente con la efectividad del ordenamiento en su conjunto, sino también con el tiempo presente. La explicitación de las normas pertenecientes al ordenamiento vigente se hace a partir de dicho tiempo presente (y solamente para encontrar su sentido jurídico) y no es, pues, extraño que, encontrada la norma de data más reciente que da sentido al caso, deba dejarse de lado toda norma anterior que esté en conflicto con aquélla.

[17] YMAZ, Esteban, *La Norma Jurídica y su Vigencia*, Colección Mayor de Teoría General del Derecho, Arayú, Buenos Aires; *La Esencia de la Cosa Juzgada y Otros Ensayos*, Colección Menor de Teoría General del Derecho, Arayú, Buenos Aires, 1954.

[18] VILANOVA, José, "Vigencia y validez en el Derecho", *El Hecho del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1956, págs. 137 y sigs.

14.7. EL ORDENAMIENTO COMO CONCEPTUACIÓN EFECTIVA DE LA CONDUCTA. VALIDEZ Y VIGENCIA

Las insuficiencias señaladas a la teoría de Kelsen y Merkel sobre el ordenamiento jurídico, se desvanecen tan pronto se advierte que el ordenamiento es constituido en cada caso como una totalidad (independientemente del número de normas) por el quehacer efectivo del jurista —rematando así en la norma fundamental concreta— y que la teoría kelseniana no es sino una abstracción operada sobre ese quehacer efectivo del hombre de Derecho (por lo que remata en la norma fundamental abstracta). Si el ordenamiento jurídico lo hace el jurista mismo en su conocer, él no es un puro sistema de conceptos sino un efectivo conocimiento. Desde luego que ese conocimiento presenta el carácter lógico de ser sistemático y que nosotros podemos, como hace Kelsen, prescindir de su contenido para quedarnos con la pura forma y limitarnos a mostrar su arquitectura lógica. Pero ese conocimiento es también conocimiento de un dato, de una efectiva conducta con su sentido, de una efectividad o vigencia, y por ello Kelsen, que había separado escrupulosamente la vigencia de la validez, se ve en último término obligado a subordinar ésta a aquélla en el principio de efectividad. Pero si nosotros consideramos al ordenamiento jurídico como lo que es, como el efectivo conocimiento que se logra por la sistematización o unificación de la pluralidad de normas vigentes y no abandonamos, en consecuencia, esta vigencia que es nuestro punto de partida, nos mantendremos en el ápice de esta construcción en la norma fundamental concreta y veremos, en cada uno de los puntos críticos de la teoría kelseniana, sencillamente una confirmación del punto de vista original: que es Derecho toda vigencia, todo sentido objetivo de conducta aceptado por la comunidad, magüer cualquier dificultad que pueda presentar la sistematización total de ese sentido en una totalidad. En suma, el ordenamiento es la conceptualización del Derecho vigente como conocimiento efectivo del mismo que se realiza desde el "punto de vista interno" al propio sistema, por los mismos funcionarios y por los juristas que, en tanto enuncian normas (y no se limitan a afirmar hechos) se colocan en el punto de vista de los órganos. El ordenamiento jurídico como puro sistema de conceptos-normas concatenados es nada más que la abstracción operada sobre el ordenamiento jurídico como conceptuación (o conocimiento).

Como ya se advirtió más arriba, no debe pensarse que el proceso de conceptuación mencionado sea un patrimonio exclusivo de los juristas

técnicos. Como ya advirtió Savigny, hay continuidad entre el Derecho que vive en el espíritu del pueblo y el que elaboran los juristas en forma técnica. La conceptuación, la normación con un sistema de normas y no con normas sueltas, es algo que se da con bastante claridad en el funcionario-juez-órgano del sistema. Pero también el puro súbdito, el hombre de la calle tiene en esto algo que decir, pues él, si bien quizás en forma no totalmente explícita, es en verdad quien da vigencia con su acatamiento al ordenamiento y, por lo tanto, el fundamento último (salvo la exigencia misma lógica del sistema) sobre el cual el ordenamiento se asienta.

El hombre de la calle, en efecto, cumple masivamente sus deberes (jurídicos). Hasta el delincuente, salvo en el instante mismo quizás en que se comete el delito, es un ciudadano respetuoso y masivamente del Derecho, de las leyes. Solamente un convencido anarquista práctico, o peor, una fiera entre los hombres, un *homo homini lupus* (Hobbes) viviría en el mismo ámbito, conviviría sin respetar masivamente el Derecho. No olvidemos que la gran mayoría de los deberes jurídicos —que abarcan todas las horas y los minutos de cada día— son masivamente, omisiones. Cumplimos sencillamente el Derecho en general no interfiriendo con los demás. Y con esto ya estamos a las puertas de advertir que este no interferir con los demás es autoportador del sentido de licitud (con lo que no queremos decir que el interferir sea prohibido). Todo el ámbito de acción que queda abierto por esa pasividad del conjunto constituye el ámbito de las acciones que gozan del sentido (lato) de permitido. En ese ámbito genérico de lo permitido aparecen ahora algunos prohibiendo y/o impidiendo conducta y la pasividad comunitaria frente a este público impedir y prohibir tiene el sentido de ser un permitir. De este modo el hombre de la calles, con su pura pasividad confluye a una circunstancia coexistencial que es el soporte mismo del Primer Constituyente y sus órganos delegados, ya que el hombre de la calle con esa pura pasividad va dando vigencia al ordenamiento jurídico en su conjunto [19].

Una forma más accesible de plantear este tema de la sustentación básica de los órganos de poder en la aquiescencia comunitaria puede lograrse remozando la teoría del abate Sièyes sobre el poder constituyente, cosa que ha hecho entre nosotros Esteban Ymaz.

De acuerdo con este replanteamiento de la teoría del poder constituyente —que podríamos llamar "teoría del acatamiento comunitario"—

[19] VILANOVA, José, "Idea y realidad del Derecho Natural", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,* nro. 27, Buenos Aires, año VI, pág. 1947, nota 26; "Ideas para el esquematismo de los conceptos puros del Derecho", Buenos Aires, 1955, Apéndice III.

los órganos del Estado, cualquiera que fuese su jerarquía (aun una asamblea constituyente), aparecen como poderes constituidos frente a la comunidad en su conjunto. La comunidad sería así siempre el "poder constituyente" respecto del cual todo órgano va a ser "poder constituido". Este "poder constituyente" tiene la peculiaridad de ser más pasivo que activo, puesto que se expresa por medio del acatamiento general. Este acatamiento general da razón de la normación espontánea que se da en la costumbre y también de la que se hace reflexivamente por órganos diferenciados (poderes constituidos) [20].

En relación con la formulación reflexiva de normas por órganos diferenciados, el acatamiento comunitario se caracteriza por la pasividad de su no impedir frente al hacer positivo de los órganos. Podemos concebir, como lo he explicado en algún trabajo, una interferencia de conducta básica que se da entre el Estado como conjunto de órganos y la comunidad en general. En esa interferencia básica la comunidad no impide el efectivo impedir y el normar de los órganos. El sentido de este no impedir es un permitir o un autorizar. Así, todo conjunto de órganos es constituido o se erige en virtud de la interferencia básica mencionada. En otros términos, órganos o autoridades de una comunidad cualquiera son aquellos de sus miembros que no son impedidos en su público impedir conducta y en su dar sentido —permitir y prohibir— a la conducta de los miembros de la comunidad en general.

[20] En "Seminario sobre los valores orden y seguridad y el ser del Derecho", *Revista Notarial,* nro. 785, realizado bajo la dirección de los doctores J. Vilanova y J. Gottheil, se delinean las notas que caracterizan al ser del Derecho: *comunidad,* como permanente fondo-totalidad de convivencia inespecífica sobre el cual se da la vida de cada uno; *coercibilidad,* como posibilidad de coerción; *pasividad del conjunto,* por la cual el no impedir comunitario tiene el sentido de "permitir" o "autorizar"; *asunción autónoma de la heteronomía,* se refiere al engaste del existente en la comunidad de convivencia; *proyecto-programa* (comunitario). Según esta caracterización del Derecho, cualquier órgano (por importante o multitudinario que fuere) siempre será "constituido" o va a "recortarse" sobre el "el fondo-totalidad de convivencia inespecífica".

CAPÍTULO 15

DERECHO SUBJETIVO

Capítulo 15

DERECHO SUBJETIVO

15.1. Planteo actual del tema

Supongamos que dos personas ocupen terrenos contiguos y que una de ellas pretenda límites que la otra cree que no le corresponden. Si esas personas no integraran una comunidad con tribunales organizados, la única solución que hallarían para dirimir su conflicto sería recurrir a la fuerza a fin de que el vencido respete el poder arbitrario e irregulado del vencedor. Pero, en cambio, supongamos también que aparezca una tercera persona, un juez, que fije los límites litigiosos en nombre de la comunidad y que los haga señalar por medio de mojones. La situación de hecho aparece ahora como una *relación jurídica* que asegura la convivencia pacífica de dos sujetos, a quienes por una parte *faculta* para disponer y usar de su *propiedad*, y por la otra *obliga*, impone el *deber jurídico* de respetar la propiedad ajena. Todos estos conceptos de *facultad* o *derecho subjetivo*, de *obligación* o *deber jurídico*, de *propiedad*, etcétera, son conceptos que implican un enfoque *jurídico*: sólo adquieren sentido y son posibles gracias a la *juridización* que al conflicto de hecho entre los vecinos trae la existencia de una comunidad que se expida por sus órganos competentes.

En lo precedente nos referimos al caso más frecuente con el cual la comunidad presenta las características de organizaciones propias del Estado moderno. Pero esta referencia no debe movernos a pensar que existe derecho objetivo solamente en el Estado moderno. En contra de quienes circunscriben la noción de "Derecho" a las formas que ella tiene en el Estado debemos insistir en que el Estado es una condición suficiente, pero no es una condición necesaria, para la existencia del Derecho (objetivo). Este Derecho se da en todos los casos de consentimiento —expreso o tácito— de los miembros de un grupo de convivencia, aunque ellos fueren solamente dos personas, como en el ejemplo de Robinson Crusoe después de la llegada de Viernes a la isla.

¿Por qué la relación entre esos dos únicos miembros de la comunidad del ejemplo habría de ser necesariamente una relación de lucha o conflicto abierto? Más bien parece razonable esperar que, como en la novela de Defoe, se desenvuelvan relaciones de cooperación, de vida en común y de privacidad mutuas, las cuales se establecen por consenso de los interesados y determinan relaciones jurídicas, derechos y deberes correlativos que constituyen el derecho en sentido subjetivo y presuponen reglas —quizá implícitas— que determinan esos derechos y esos deberes.

Conviene advertir aquí que cuando decimos que el derecho objetivo es el conjunto de normas, no renegamos de nuestra definición del Derecho como conducta ni de nuestro realismo. Por el contrario: estamos tratando de ilustrar, con la celebérrima comunidad fantaseada por Defoe, que las normas no son algo distinto de la convivencia pacífica de los convivientes, esto es, conducta. Son un aspecto, el aspecto formal, si se quiere, de esa convivencia.

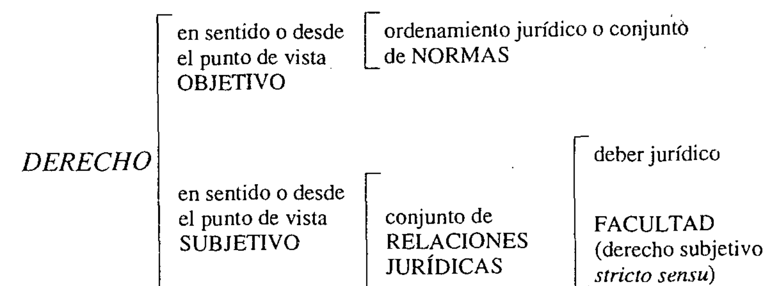
Con lo expuesto se ha ido destacando insensiblemente el contenido de lo que se denomina *derecho objetivo* y *derecho subjetivo: las normas jurídicas* constituyen el primero. Suele denominarse derecho objetivo al *ordenamiento jurídico*, vale decir, al conjunto de normas vigentes. La referencia de esa norma o conjunto de normas a las relaciones de conducta de los hombres exhibe a estas últimas como *relaciones jurídicas* [1]. En esa relación de conducta la norma es el esquema de interpretación que discrimina *dos* ingredientes o elementos: *derecho subjetivo* (*o facultad*) y del *deber jurídico*.

Hagamos ahora una sencilla aclaración terminológica que facilitará el estudio del tema. Hemos dicho que el derecho objetivo lo constituye la norma, o mejor, el conjunto de normas (ordenamiento jurídico). Parece lógico que el derecho subjetivo esté constituido, correlativamente, por la

[1] KELSEN, H., *Teoría Pura*..., cit., ed. 1941, pág. 27, nos dice: "Si se analiza cualquiera de los estados de cosas tenidos por Derecho, por ejemplo: una resolución parlamentaria..., un delito, puédense distinguir dos elementos: uno de ellos es un acto sensorialmente perceptible...; el otro es un sentido así como inmanente a ese acto o suceso, una significación específica" y luego nos aclara de donde le viene a ese acto perceptible ese "sentido" jurídico: "Sólo que ese acontecimiento como tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto de conocimiento específicamente jurídico. Lo que convierte a ese suceso en acto jurídico o antijurídico no es su 'ser', natural, eso es, su ser causalmente determinado y contenido en el sistema de la naturaleza, sino el *sentido objetivo que está ligado a ese acto*, la significación que él tiene. El hecho en cuestión recibe el sentido específicamente jurídico, su peculiar significación jurídica, *mediante una norma que se refiere a él con su contenido*, que le confiere la significación jurídica, de suerte que el acto puede ser interpretado de acuerdo con esta norma. La norma hace las veces de esquema de interpretación" (*op. cit.*, pág. 30. Ver también ed. 1965, págs. 36 y sigs.).

relación jurídica o el conjunto de relaciones jurídicas, cada una de las cuales se integra con facultades y deberes. Pero sucede que la doctrina tradicional ha acuñado la expresión "derecho subjetivo" refiriéndola solamente a uno de los ingredientes de la relación jurídica: la facultad jurídica. Se hace necesario entonces *tener presente que la expresión derecho subjetivo admite un sentido amplio* (*relación jurídica*) *y un sentido estricto* (*la facultad jurídica*). Se puede hablar también correctamente del Derecho "desde los puntos de vista" objetivo y subjetivo. En definitiva: el derecho objetivo es la regulación de la conducta; el derecho en sentido subjetivo la conducta regulada.

El siguiente esquema da cuenta de lo expuesto:



15.2. DERECHO OBJETIVO Y SUBJETIVO. UNIDAD O DISTINCIÓN

Las frases "desde el punto de vista" o "en el sentido" con que hemos aclarado las expresiones derecho objetivo y derecho subjetivo, expresan que no hay en verdad distinciones esenciales que hacer entre ambos términos: *derecho objetivo y derecho subjetivo son una y la misma cosa, vista desde dos puntos de vista diferentes*. El derecho subjetivo es la norma en relación al individuo o sujeto: "es, en resumen, el mismo derecho objetivo" [2].

Nació así en la doctrina un falso dualismo, favorecido especialmente por la escuela histórica. Por ejemplo, Dernburg —eminente representante de esa escuela— sostuvo la *prioridad o prelación temporal* del derecho subjetivo con relación al objetivo: "Históricamente, los derechos subjetivos existieron mucho antes de que apareciera el Estado con un orden jurídico deliberadamente establecido. Tenían su base en la personalidad de un individuo y en el respeto que éste era capaz de obtener e

[2] KELSEN, H., *Teoría General*..., cit., pág. 83.

imponer. El concepto de un orden jurídico pudo lograrse a través de la consideración de los derechos subjetivos existentes y gracias a un proceso de gradual abstracción. Por ello es incorrecto, tanto histórica como lógicamente, suponer que los derechos subjetivos no son sino emanaciones del derecho objetivo. El orden jurídico garantiza y configura los derechos subjetivos, pero no los crea" [3].

El jurista vienés sostiene, además, que la doctrina de la dualidad del derecho objetivo y subjetivo —o sea, de la sustantividad propia de los derechos subjetivos— no es, en el fondo, nada más que una ideología política que nace con el propósito —por cierto laudable— de poner ciertas vallas al legislador impidiendo, por ejemplo, la abolición de la propiedad privada (pues si ésta fuese un derecho subjetivo que el derecho objetivo no hiciese sino reconocer y garantizar, evidentemente este derecho objetivo no podría disponer nunca la abolición de la misma). El acierto que cabe en este punto a Kelsen se advierte trayendo a cuenta unos párrafos de Locke, campeón del liberalismo y del iusnaturalismo racionalista. Dice el filósofo inglés: "El fin de los hombres que se unen en comunidad política es la preservación de la propiedad" (léase derecho subjetivo, pues a la propiedad se la acaba de definir como "conjunto de vidas, libertades y haciendas") [4]. Y agrega más adelante: "El poder social constituido jamás podrá ser imaginado como espaciándose más allá del bien común, antes bien, se hallará obligado específicamente a asegurar la propiedad de cada cual" [5].

15.3. Diferentes acepciones de la expresión "derecho subjetivo"

En la literatura jurídica se denomina "derecho subjetivo" a fenómenos diversos. Tradicionalmente se incluye en esta expresión a:

1) La situación en que se encuentra una persona que es titular de un interés que está reconocido socialmente como legítimo y que el ordenamiento jurídico tutela genéricamente en sus declaraciones o principios más generales, pero que depende de los jueces declarar, o no, la tutela normativa del mismo.

2) La situación en que se encuentra una persona que puede exigir de otra persona determinada el cumplimiento de un deber y, en caso de incumplimiento, obtener la ejecución de una sanción contra el responsable del incumplimiento, en virtud de una norma jurídica que regula el caso específicamente. Es, por ejemplo, el caso del acreedor de una obligación civil o comercial.

3) El poder de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones mediante una manifestación de la voluntad. Es el caso de los actos jurídicos tales como los contratos, los testamentos, etcétera.

4) La situación de cada persona que puede exigir del resto el cumplimiento de los deberes de respetar su vida, su propiedad, su libertad, etcétera, en virtud de normas jurídicas específicas que prevén sanciones para quienes no cumplan con su deber de abstenerse de perturbar esos derechos.

[3] Cit. por Kelsen, H., *Teoría General...*. cit., pág. 80.

[4] Locke, John, *Ensayos sobre el Gobierno Civil*, México, 1941, pág. 79.

[5] Locke, J., *Ensayos...*, cit., pág. 82.

15.4. Naturaleza del derecho subjetivo en sentido estricto. Doctrinas tradicionales y modernas

Tradicionalmente, al buscar la esencia común de los diversos fenómenos denominados como "derecho subjetivo", se describía este algo común tratando de desentrañar su "naturaleza" en oposición a la "naturaleza" del derecho objetivo. Se incurría, así, en el error de sustantivar el derecho subjetivo como algo independiente del derecho objetivo. Este derecho subjetivo, así sustantivado, era algo que el derecho objetivo encontraba delante de sí ya constituido, que estaba encargado de garantizar o proteger.

Este tema, como es notorio, está en estrecha relación con el ya tratado en el parágrafo 2º sobre "Derecho objetivo y subjetivo; unidad o distinción". Las doctrinas tradicionales, al ver como relevante únicamente a la facultad dentro de la relación jurídica, partían pretemáticamente de esa falsa oposición, que hemos destacado, entre derecho subjetivo (como facultad) por un lado, y derecho objetivo por el otro. Se escamoteaba el concepto de deber jurídico y la relación entre los términos opuestos era presentada —según ya lo explicamos— como una especie de protección del derecho subjetivo (preexistente) por el derecho objetivo.

A estas *doctrinas tradicionales*, que podríamos llamar sustantivistas —pues confieren al derecho subjetivo una existencia distinta e independiente del derecho objetivo— se oponen las *doctrinas unificadoras*, que consideran inescindibles e interdependientes ambos conceptos, puesto que se coimplican. En general la doctrina moderna milita, según ya lo hemos anticipado, en esta posición. A su vez podemos señalar, dentro de este campo: a) las doctrinas *normativistas*, que cargan el acento en la norma haciendo depender el derecho subjetivo del objetivo; y b) la teoría *egológica*, para la cual lo primordial es la conducta, esto es, el derecho en sentido subjetivo (no el derecho subjetivo *stricto sensu*) pero que reconoce que *derecho objetivo y subjetivo son términos lógicamente correlativos*.

15.4.1. Doctrinas tradicionales

i) Teoría de la voluntad

Esta teoría hace cifrar el derecho subjetivo en la "facultad de obrar", es decir, en la voluntad. El Derecho en sentido objetivo se define en la forma más breve y precisa como la *voluntad general*; el derecho subjetivo como un fragmento de la voluntad general que viene a hacerse concreto y existente en la persona privada [6].

Veamos cómo desarrolla Windscheid —el expositor clásico de esta corriente— su pensamiento: "La tarea del derecho privado es trazar los límites de los campos de voluntad de los individuos que viven en común, definir en qué medida la voluntad de cada individuo debe ser decisiva para los individuos con los cuales él se enfrenta" [7].

De las diversas manifestaciones del derecho subjetivo que hemos visto en el 15.3. de este mismo capítulo, Windscheid tiene a la vista exclusivamente la segunda y tercera, es decir: a) el derecho a exigir del obligado el cumplimiento de su prestación, y b) el derecho de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones [8]. En ambos casos encuentra Windscheid que es decisiva, para la existencia del derecho subjetivo, la voluntad del derechohabiente o facultado. En consecuencia, procede nuestro autor a dar una definición que, a su juicio, comprende "ambas especies de derecho subjetivo" acudiendo para ello al concepto de voluntad: *"El derecho (subjetivo) es un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico"* [9].

15.4.2. Teorías modernas

i) Teoría pura del Derecho (Kelsen)

Este pensamiento puede ser resumido diciendo que Kelsen *ha reducido el derecho subjetivo al objetivo* por el sencillo procedimiento de mostrar que el análisis de la estructura de la norma (derecho objetivo) encierra en su seno, como uno de sus integrantes, la noción de deber jurídico.

[6] Ihering, impugnando esta teoría, menciona a Windscheid y Puchta como exponentes destacados de la misma. Cfr. IHERING, Rudolf von, *La Dogmática Jurídica*, Buenos Aires, 1946, pág. 203, nota 489.

[7] WINDSCHEID, Bernard, en el mismo volumen, *La Dogmática Jurídica*, en "Apéndice sobre Derecho subjetivo", pág. 217. Libro I, Cap. 3, pág. 37 del *Lahrbuch des Pandektenrechts*.

[8] WINDSCHEID, B., *op. y loc. cit.*, págs. 221-222, 37 del original alemán.

[9] *Ibidem*, págs. 22, 37 del original alemán.

Para Kelsen, de este modo, el concepto de deber jurídico no es sino una derivación o contrapartida del concepto de norma jurídica: el análisis de la norma jurídica lleva, en efecto, a encontrar como uno de sus elementos al deber jurídico.

El derecho en sentido subjetivo es así, en primer lugar, deber jurídico y éste no es otra cosa que la norma en su referencia a un sujeto. A su vez, el derecho subjetivo en sentido estricto (facultad) tampoco se contrapone a la norma o derecho objetivo sino al deber jurídico del cual es el anverso: "El derecho subjetivo de una persona presupone el deber jurídico de otra" [10].

De esta manera han quedado reducidas al derecho objetivo las dos facetas del derecho subjetivo: en forma inmediata el deber jurídico (como opuesto al entuerto) y en forma mediata la facultad (como correlativa del deber jurídico).

Sin embargo, dice Kelsen, hay un sentido técnico aún más específico de la expresión "derecho subjetivo", y en este sentido el deber jurídico de una persona no siempre implica, por sí solo, un derecho subjetivo de la otra. Este derecho subjetivo específico —que no es, por tanto, el mero correlato del deber jurídico— se reduce también al derecho objetivo: *hay un derecho subjetivo* (en este sentido) *cuando el orden jurídico hace depender la ejecución de la sanción, no sólo del acto violatorio, sino también de la expresión de la voluntad del derechohabiente en el sentido de que la sanción se ejecute contra el transgresor.* El derecho subjetivo ha quedado, así, plenamente reducido al derecho objetivo sin saldo alguno. "Un derecho subjetivo, es, por tanto, la norma en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada". Aclara luego Kelsen que el derecho subjetivo así definido es un rasgo típico de la técnica del derecho civil: es el caso, por ejemplo, de la *indemnización de daños y perjuicios* que sólo se impone a pedido del damnificado.

El derecho subjetivo en este sentido técnico específico se muestra como una participación en la creación del derecho objetivo, pues esa manifestación de voluntad del titular es necesaria para la actuación del órgano del Estado contra el transgresor. El dualismo entre derecho objetivo y derecho subjetivo, nuevamente se ha esfumado desde este punto de vista. Y se esclarece también —para Kelsen— la prioridad jurídica del deber sobre el derecho subjetivo *stricto sensu*, ya que mientras el primero es función esencial de la norma, el derecho subjetivo es sólo un elemento de sistemas jurídicos particulares.

[10] KELSEN, H., *Teoría General...*, cit., pág. 77.

ii) Teoría egológica (Cossio)

Para la teoría egológica *el derecho subjetivo es la determinación de un deber jurídico, en tanto este deber está determinado por un sujeto pretensor*, sólo que esta determinación puede manifestarse ya exigiendo una manifestación de voluntad (acción procesal), ya con prescindencia de ella.

La teoría egológica devuelve, pues, al derecho subjetivo en sentido estricto (o facultad) su rango, del cual Kelsen lo había desalojado y muestra nítidamente la integración de facultad y deber como elementos correlativos e integrantes de la norma jurídica: "No hay deber jurídico sin facultad jurídica, y viceversa" [11].

Pero la teoría egológica profundiza además el tema del derecho subjetivo en otro plano: el de la investigación *ontológica* de las *especificaciones de la libertad* y no ya el análisis meramente *lógico* de las menciones normativas.

Vayamos ahora al tema de las *especificaciones de la libertad* en el campo del Derecho. Advirtamos previamente que la esencia del objeto Derecho, que es ser libertad, impone a cada una de esas especificaciones el respeto de esa libertad. Así, por ejemplo, aun en el caso del cumplimiento de una prestación o en el de una sanción, reaparece la *facultad* en todo lo que no está determinado. Puedo, v.gr., pagar mi deuda en billetes de tal o cual valor, pasearme dentro de la celda, etcétera.

La primera especificación de la libertad es captada por la mención de la perinorma que distingue el campo total de la conducta en dos ámbitos contradictoriamente opuestos, de modo que *todo lo que no es entuerto es facultad*. Es decir que la libertad puede ser ilícita (entuerto) o lícita (facultad). Y es lícita toda la conducta, salvo la que ha sido determinada como entuerto. A su vez, la facultad (o libertad lícita) se puede distinguir en: *facultad de señorío* (cuando el contenido de esos actos es autodeterminado por el sujeto, p. ej., si me voy a pasear al parque) y *facultad de inordinación* (cuando ese contenido está heterodeterminado al sujeto por la norma, ya sea directamente —p. ej., respetar la vida del prójimo y en general las obligaciones sancionadas por el derecho penal—, ya estableciendo una sujeción a la facultad de señorío de otro sujeto —p. ej., cumplimiento de una obligación de derecho civil—).

Haciendo un esquema de lo expuesto:

[11] COSSIO, C., *La Teoría...*, cit., pág. 704.

LIBERTAD
- Entuerto (hecho ilícito)
- Facultad
  - de señorío (derecho subjetivo propiamente dicho)
  - de inordinación (cumplimiento del propio deber)

La existencia de la facultad de inordinación surge de la reflexión evidente, esclarecida por los iusfilósofos Eduardo García Maynez y Carlos Cossio, de que *quien tiene un deber tiene simultáneamente el derecho de cumplirlo*.

Después de esta larga argumentación —en la que hemos seguido en términos generales el pensamiento de Kelsen— se hará visible que la expresión "voluntad jurídica" no tiene más que un valor metafórico, detrás del cual se encuentra siempre un tema de imputación normativa. La teoría de la voluntad, al suplantar la voluntad real psicológica individual por la "voluntad" del orden jurídico, deriva insensiblemente hacia una posición normativista.

iii) Teoría del interés

Rudolf von Ihering propuso sustituir la teoría de la voluntad por la del *interés*. El ilustre jurista apoya su tesis en una aguda crítica a la teoría de la voluntad, dominante en su tiempo.

"Si la voluntad fuese el objeto del derecho, ¿cómo vendrían a tener derecho las personas sin voluntad?, ¿por qué todas las legislaciones del mundo no solamente reconocen y protegen en los niños y los locos la parte puramente humana de la personalidad, el cuerpo y la vida, sino además les señalan, salvo ligeras modificaciones, la misma capacidad patrimonial que a las personas dotadas de voluntad?" [12].

"En cuanto a nosotros, decimos que el verdadero derechohabiente es el que puede pretender no *querer*, sino *aprovecharse*. La voluntad puede en rigor ser entregada a un tercero sin que el derecho mismo le alcance. El sujeto del derecho es aquel al que la ley destina la utilidad del derecho (el destinatario); la misión del derecho no es otra que garantizar esa utilidad" [13].

"Los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta; sirven, por el contrario, para garantizar los

[12] IHERING, R. von, *op. y loc. cit.*, págs. 176-177.

[13] *Ibidem*, pág. 178.

intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines...". "Los derechos no producen nada inútil; la *utilidad*, no la voluntad, es la sustancia del derecho...". *"Los derechos son intereses jurídicamente protegidos"* [14]. "El destinatario de todos los derechos es el hombre. El objeto es el mismo para todos los derechos... Todos deben procurar un servicio, una utilidad, una ventaja... El contenido de todo derecho consiste, pues, en un *bien*... A la idea de bien se unen las nociones de *valor e interés*. Cualquiera que sea la diversidad del interés que presenten los diversos derechos, todo derecho establecido es la expresión de un interés reconocido por el legislador, que merece y reclama su protección".

El interés jurídicamente protegido es pues, según Ihering, el derecho subjetivo. En esta célebre definición distingue nuestro autor un elemento *sustancial*, el interés, y un elemento formal, la *protección jurídica*.

iv) Críticas

La teoría de interés no explica adecuadamente el supuesto del derecho a cumplir con el propio deber, cuya importancia teórica ya destacáramos oportunamente.

Tampoco resulta del todo convincente su aplicación al supuesto del derecho a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, ya que en estos casos lo que es decisivo es el acto jurídico, la manifestación externa de voluntad y no la existencia de un interés real. No obstante dichos reparos, debe admitirse sin retaceos que la doctrina del interés cala muy hondo en el fenómeno jurídico especialmente en una concepción liberal, no autoritaria, del mismo, como lo ha puesto de relieve contemporáneamente la concepción de R. Dworkin (*supra* 11.12.2) sobre los derechos subjetivos. Resulta, pues, adecuada para el campo del derecho privado para el que fue inicialmente pensada. Como prueba de ello recordemos la doctrina del abuso del derecho (Cód. Civ., art. 1071, 2da. parte introducida en 1968 por la Ley de Reformas 17.711) y el principio de derecho procesal civil y comercial según el cual el interés es la medida de la acción que no admite, por ejemplo, la nulidad procesal por la nulidad misma, vale decir, por violación ritual a falta de interés sustancial en esa declaración.

La teoría de la voluntad no ha podido resistir la crítica dado que:

1°) No siempre es necesaria la voluntad del titular para que exista su derecho a exigir que el obligado cumpla su prestación. También los que

[14] *Ibidem*, pág. 181.

carecen de voluntad como el insano, el menor impúber y aun el feto, pueden ser titulares de derechos.

2°) También fracasa la teoría de la voluntad al tratar de explicar los casos en que el derecho subjetivo consiste en el poder de crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones. Es cierto que en estos casos se requiere, en términos generales, una *manifestación de voluntad* para que el derecho nazca, se modifique o se extinga. Pero ocurre que es este hecho externo —que se interpreta como "manifestación de voluntad"— el que es jurídicamente decisivo para el nacimiento o extinción de los derechos, y no basta la existencia o inexistencia de una voluntad real, psicológica, que corresponda a los mismos. Así, por ejemplo, si la ley exige que ese hecho revista ciertas formalidades o solemnidades especiales (actos *formales o solemnes*), es inútil que la voluntad se haya manifestado —por más expresamente que sea— bajo otras formas. Por ejemplo: un hombre puede haber declarado ante cientos de personas su "voluntad" para disponer en cierta forma de sus bienes para después de su muerte, pero esto no será, sin embargo, según nuestro Código Civil, un testamento válido.

Por otra parte, la última versión de la doctrina resulta extremadamente débil, ya que la locución "voluntad del orden jurídico" no pasa de ser una metáfora. El orden jurídico es un sistema de normas, y las normas no tienen voluntad. La voluntad pertenece al reino del *ser*, su estudio corresponde a la psicología; el Derecho pertenece al reino del *deber ser* y su estudio es obra de una ciencia normativa, la dogmática jurídica. Cuando en esta última se habla de "voluntad" jurídica, de voluntad de la ley, de voluntad del Estado, de voluntad de los contratantes o del delincuente, etcétera, se alude a algo totalmente diverso a lo que constituye tema de estudio de la psicología. Esta última se ocupa de un suceso real psicológico, cuya investigación empírica emprende en cada caso; la ciencia del Derecho, en cambio, alude con el término "voluntad" a puras relaciones de *imputación normativa*. En el plano de las normas no hay nada parecido a la voluntad; hay solamente *imputación*.

15.5. Desigualdad subjetiva e igualdad objetiva del Derecho

15.5.1. La desigualdad subjetiva en el Derecho [15]

Desde el punto de vista subjetivo, el Derecho está constituido, según hemos explicado, por las relaciones jurídicas. Éstas, a su vez, están integradas por el derecho facultad (o derecho subjetivo en sentido estricto) y por el deber jurídico. El primero importa el aspecto activo de la relación

[15] Bunge, C. O., *op. cit.*, págs. 346-354.

de derecho, en consecuencia su titular se denomina sujeto activo o derechohabiente. Ahora bien, es obvio que en toda relación jurídica la posición del sujeto activo es siempre privilegiada con respecto al sujeto pasivo u obligado —o a los sujetos pasivos—: a aquél corresponde la facultad de exigir, a éstos el deber de cumplir. Así, todo derecho importa una desigualdad en favor de su derechohabiente o sujeto activo.

Si en lugar de tener en cuenta una relación jurídica aislada, unificamos en el centro de imputación común, que es la *persona*, las diversas relaciones jurídicas en que aparece como titular, ya sea como sujeto activo o derechohabiente, ya sea como sujeto pasivo u obligado, la referida desigualdad se hace manifiesta: unos son propietarios y otros no, unos son ciudadanos y otros tienen negados los derechos políticos, etcétera.

En la Antigüedad, eran mínimos los derechos de ciertas clases sociales, como, por ejemplo, los esclavos y los extranjeros. En Roma se distinguían tres *status*, cada uno de los cuales confería ciertos derechos subjetivos: el *status libertatis*, el *status familiæ* y el *status civitatis*. Los esclavos no poseían ninguno de estos estados y, por consiguiente, se solía decir que no podían ser titulares de derechos: estaban equiparados a las cosas. Sin embargo, esta simplista interpretación de lo que era la esclavitud, aunque útil para formarse una idea general de su condición con propósitos didácticos, debe ser desechada a la luz de un riguroso análisis crítico: la asimilación nunca fue ni pudo ser absoluta. La verdad es que los esclavos estaban amparados por lo que los romanos llamaban derecho natural (*ius naturale*) —que era, en rigor, derecho positivo puesto que lo aplicaban magistrados romanos—. Así, aparte del derecho a poseer ciertos bienes —peculio— tenían, en todo caso, el de cumplir con su deber de obediencia a sus amos. Por su parte los extranjeros, si bien no tenían, en principio, derechos civiles ni de familia, estaban protegidos por los preceptos del derecho de gentes (*ius gentium*), los que eran aplicados por el *prætor peregrinus* (magistrado que intervenía en las causas en que era parte un extranjero). Por lo demás, el *status* de todos los extranjeros no fue uniforme y las guerras y alianzas militares de Roma determinaron un trato diferencial, de modo que algunos extranjeros fueron admitidos al ejercicio de los derechos llamados civiles, reservados, en principio, a los ciudadanos. Inicialmente, esa admisión se hizo por medio del *patronato* y la *clientela*, instituciones según las cuales un ciudadano romano dispensaba su protección jurídica a un extranjero, a cambio de una situación de dependencia y pleitesía. Más tarde hubo una verdadera asimilación de derechos.

En resumen, podemos decir que en esta materia de la subjetividad jurídica hubo una verdadera evolución en el Derecho Romano, con una tendencia general a la humanización apoyada en la escuela estoica y, más tarde, en el cristianismo. Los mismos juristas romanos reconocieron que la institución de la esclavitud contrariaba los principios del Derecho Natural, en cuya virtud todos los hombres son igualmente libres y sujetos de derecho. Por otra parte, las necesidades del tráfico mercantil exigían la asimilación de extranjeros y ciudadanos en punto a derechos civiles. La idea de que los derechos correspondían únicamente a los ciudadanos y en su carácter de tales, debe considerarse más bien como correspondiente a un Derecho Romano primitivo y, más que nada, como una construcción tendiente a defender ciertos privilegios. De esta idea surgió la expresión *ius civile* como estatuto aplicable solamente a una nacionalidad. Más tarde, con la integración política derivada del Imperio, esa nacionalidad dominante se convirtió en una clase social. Pero junto al *derecho civil* aparecieron el *ius gentium* y el *ius naturale*, aplicable a los distintos pueblos y clases sociales.

Durante la Edad Media, grandes limitaciones de la subjetividad jurídica individual —aunque no totalmente equiparables a la esclavitud— implicaron también las instituciones del *colonato* y de la *servidumbre de la gleba*. El colono, el siervo adscripto a la gleba y el vasallo gozaban de una subjetividad jurídica muy distinta de la del señor. En general, la Edad Media es una época en que el Derecho se asienta en el principio del *privilegio*, que es la desigualdad amparada por la ley. La Edad Media se inicia con la integración política de diferentes pueblos debida a las conocidas "invasiones" de los bárbaros. Cada uno de estos pueblos tenía su propio derecho, generalmente consuetudinario. En un principio subsistió este estado de cosas, pese a la integración política: el individuo estaba regido por el Derecho de su tribu o pueblo de origen, regla a la que se dio el nombre de "personalidad de la ley", por su oposición al principio romano y tradicional de la "territorialidad de la ley". Mientras esto sucedía en las relaciones privadas, algo semejante sucedía en las políticas: las primitivas relaciones de fuerza entre invasores e invadidos, vencedores y vencidos, se trocaron en un *status* legal que garantizaba los privilegios de los primeros. Como todo ello fue el resultado lento de luchas sucesivas, grandes y pequeñas, el régimen jurídico respetaba todas las particularidades. En definitiva, la resultante fue un régimen jurídico muy complejo en que hasta la propia palabra "derecho", o más comúnmente *fuero*, adquirió el sentido de norma especial o particular, aplicable a ciertas personas o instituciones y consagratoria de la desigualdad o privilegio que detentaban (este sentido se conserva, p. ej., en el uso actual de la palabra "fueros" cuando se habla de los "fueros parlamentarios").

También durante la Edad Media existió la institución de la *muerte civil* —ficción en virtud de la cual una persona viva era reputada muerta—

que privaba de la calidad de sujetos, respecto de la mayor parte de los derechos, a los religiosos profesos y a algunos delincuentes. Contemporáneamente, el extranjero y el niño carecen de derechos políticos y asistimos al momento histórico en que han sido ganados progresivamente por la mujer. En fin, toda vez que se impone a una persona una determinada inhabilitación —sea como sanción penal, o en cualquier otro carácter— se hace patente una restricción de la subjetividad jurídica.

Como fruto de una ojeada retrospectiva acerca de la subjetividad jurídica en los distintos pueblos y tiempos, es posible advertir que la misma ha alcanzado una extensión mayor o menor, pero jamás ha sido suprimida totalmente porque sencillamente *no puede ser, ontológicamente, la negación absoluta de la subjetividad jurídica al hombre.* El juego del axioma ontológico según el cual "todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido", en el que la libertad es lo primero, y la sencilla reflexión de que al menos, debe existir el derecho a cumplir con el propio deber, ponen esto en evidencia [16]. Así, en el caso del esclavo, es patente que tiene el derecho subjetivo de cumplir con sus deberes, cosa que no le puede ser impedida por un tercero. Todo ello sin contar el ámbito que se deja a su libertad de señorío por más minuciosa que sea la reglamentación de sus deberes.

15.5.2. La igualdad del derecho objetivo. La generalidad de las leyes y la igualdad ante la ley

Desde el punto de vista objetivo, suele decirse que, a diferencia de la llamada desigualdad subjetiva del derecho, analizada *supra*, el derecho objetivo se caracteriza, en cambio, por la igualdad. Pero para ver el grado de verdad de esta afirmación es menester irse con un poco de cuidado, pues una cosa es la igualdad, que necesariamente caracteriza a todo orden jurídico integrado por normas generales, y otra cosa distinta es el mayor o menor grado en que cada orden jurídico realiza la igualdad de los sujetos, es decir, ese valor de justicia positiva que se denomina generalmente como "igualdad ante la ley", valor de justicia positiva reconocido por los países contemporáneos después del triunfo de la ideología demoliberal de la Revolución Francesa y consagrado expresamente en la Constitución escrita de algunos de ellos [17].

Quiere decir, pues, que la llamada igualdad del derecho objetivo, de las normas generales, *no es más que una versión del tema más amplio de*

[16] Cfr. COSSIO, C., *La Teoría...*, cit., pág. 485.

[17] Ver Const. Nac., art. 16.

la generalidad de la ley. Los casos concretos tienen que resolverse por la aplicación de normas generales. Hemos dicho ya que la solución de un caso concreto se hace por aplicación de una norma general que se refiere a él mediante su contenido. Es evidente, entonces, que *dos casos son "iguales" cuando ambos caen dentro del mismo género mencionado en la ley*, y también se advierte que, al aplicarse consecuentemente esa ley a todos los casos en que resulta aplicable, habrá una solución *igual para esos casos iguales*. Esta igualdad se da, por consiguiente, prácticamente en todo régimen jurídico, puesto que la solución de los casos individuales se hace aplicando dichas normas generales sustanciales a los casos concretos. Puede decirse que, en su conjunto, ésa es una característica permanente de todo lo que comprendemos bajo la denominación de "orden jurídico".

Como se advierte por lo expuesto, la "igualdad", que se confunde con la generalidad lógica de la ley, no es el tema cuestionado cuando se habla generalmente de la igualdad ante la ley. Si ése fuese el problema tendríamos que admitir que la esclavitud —o cualquier otra institución análogamente injusta— se ajustaba a la exigencia de la igualdad, ya que, evidentemente, imponía el mismo tratamiento a todos los esclavos.

15.5.3. La igualdad ante la ley como caso de razonabilidad de las leyes

Cuando se habla de "igualdad ante la ley" el tema se refiere, en realidad, a una cuestión de axiología jurídica positiva y en los países en que, como en el nuestro, el principio ha sido expresamente consagrado en la Constitución, a una cuestión de derecho constitucional: se trata de saber si son *válidas*, "constitucionales", las leyes que establecen la desigualdad. En otros términos: *el problema consiste en establecer si el Poder Legislativo puede imputar consecuencias jurídicas diversas a antecedentes jurídicos sustancialmente* iguales, o si esa discriminación aparece como un acto *arbitrario e irrazonable, anticonstitucional*, que permite al Poder Judicial (en EE.UU. y en nuestro país, al menos) prescindir de esa ley en los casos sometidos a su consideración. Así, por ejemplo, sería patente en nuestro medio el absurdo, y por tanto la inconstitucionalidad de una ley que excluyese a los rubios de ciertos derechos que se conceden a los morochos en iguales circunstancias. Pero el ejemplo no resulta tan grotesco si lo referimos a los judíos de la Alemania nazi, o, pese a tratarse de un país democráticoliberal, a los negros de los Estados Unidos de América. Volviendo al ejemplo de la esclavitud, digamos que en 1813, cuando se decretó la libertad de vientres, parecía ya incontestable que el hecho de nacer hijo de padres esclavos no era valorado por la colectividad argen-

tina como una circunstancia que justificase la imputación de la esclavitud al recién nacido.

En esta forma se advierte que la *igualdad ante la ley* no es otra cosa que un *caso de la razonabilidad de las leyes*. El tema es particularmente importante en los países de Constitución rígida (es decir, que no admiten que lo que ella dispone sea modificado por el Poder Legislativo ordinario), cuando la Constitución consagra expresamente el principio de igualdad ante la ley, como ocurre en nuestro caso (Const. Nac., art. 16: *La Nación Argentina no admite diferencias raciales, prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza; todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad*). En los países —como EE.UU. y el nuestro— en los cuales los jueces se encuentran obligados a aplicar ante todo la Constitución y tienen poder para declarar inconstitucionales (y por tanto no aplicables) las leyes que no se encuentran de acuerdo con ella, el estudio del tema debe hacerse en la jurisprudencia de su tribunal supremo.

En otros países, en cambio, el Poder Legislativo es simultáneamente poder constituyente y las leyes no pueden ser invalidadas como inconstitucionales por los jueces. (Es el caso, p. ej., de Inglaterra). Sin embargo ello no quiere decir que aun en estos países no actúe de algún modo el principio de la la igualdad ante la ley. El principio es la fórmula de una valoración jurídica suprema, y si esa valoración positiva es *vigente* en una sociedad cualquiera determinada, mal pueden desentenderse de él los órganos de la comunidad. Los legisladores, miembros y órganos de la comunidad tienen que tener en cuenta la vigencia de ese valor de justicia y no pueden menos que ajustarse a él en sus sanciones. Aunque los jueces no estén autorizados para controlar la inconstitucionalidad de las leyes y mantener así la efectividad de la valoración jurídica dominante, ésta está siempre garantizada con máxima eficacia por la presencia misma de la comunidad, que actúa orgánicamente a través de la renovación de las autoridades por el sistema democrático.

La jerarquía constitucional que tiene entre nosotros el principio de igualdad y la circunstancia de ser la Corte Suprema intérprete definitivo de toda cuestión constitucional, hace fundamental conocer, en esta materia, la jurisprudencia sentada desde tiempo atrás por este alto tribunal, puesto que en ella habremos de encontrar el derecho positivo sobre el punto [18].

[18] GIULIANI FONROUGE, Carlos, "La reforma constitucional y la doctrina de la Corte Suprema en materia impositiva", *L.L.*, 54-749.

15.5.4. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la igualdad ante la ley

Veamos ahora la interpretación dada por la Corte Suprema al artículo 16 de la Constitución. La Corte ha establecido:

1) Que el principio de igualdad no debe entenderse como referido a una igualdad numérica porque daría lugar a las mayores injusticias, sino en el sentido de *asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en análogas condiciones* [19].

2) Que la norma del artículo 16 no crea reglas férreas, ya que permite la formación de distingos y categorías a condición de que éstas sean *razonables* y excluyan toda discriminación arbitraria, injusta u hostil contra determinadas personas o categorías de personas.

3) *Que, en materia impositiva, es válida la creación de categorías de contribuyentes sujetos* a tasas diferentes como, por ejemplo, la diferenciación entre presentes o ausentes (siempre que éstos últimos se refieran a los domiciliados fuera del país), o la aplicación de un gravamen más oneroso a las sociedades anónimas.

4) Que la *uniformidad* y la *generalidad* en la tributación son condiciones esenciales para que se cumpla la regla de la igualdad, no siendo posible admitir que se grave a una parte de la población en beneficio de otra. Por aplicación de estos principios se han declarado inconstitucionales, por ejemplo:

a) las patentes o gravámenes discriminatorios o diferenciales por razón de la vecindad dentro del país;

b) los gravámenes sucesorios cobrados de acuerdo con el caudal dejado por el causante y no a la porción de cada heredero.

Son, en cambio, constitucionales:

a) los impuestos progresivos, aunque se trate de progresión directa y no graduada;

b) el distingo entre propiedades urbanas y rurales.

[19] En otros términos: "La igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos, de los que se concede a otros en iguales circunstancias" (CSJN, 1°-V-1875, t. 16, pág. 118; 19-XII-1917, t. 127, pág. 18; cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, T. II, 2ª ed., Buenos Aires, págs. 923-926, págs. 1-4; COOLEY, Thomas, *Principios Generales del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1898, pág. 223).

15.5.5. Tesis de Juan Francisco Linares: la igualdad ante la ley no es más que un caso de aplicación de un principio o exigencia general; esta exigencia, es una garantía constitucional de la libertad en la Argentina y una valoración vigente en todos los países constituidos sobre la ideología demoliberal

La exigencia de razonabilidad en las leyes puede considerarse incorporada a nuestro derecho constitucional pese a la ausencia de un texto expreso, el que se encuentra solamente en materia de igualdad. Ésta es la tesis sostenida y desenvuelta por Juan Francisco Linares [20].

El autor analiza los antecedentes norteamericanos y señala cómo la garantía del "debido proceso" —*due proces of law*—, que inicialmente tenía sólo un alcance *procesal*, se extendió al derecho *sustantivo* (v. págs. 12 y 20). Se trata de un conjunto de principios (como, p. ej., el estándar de razonabilidad) al que deben ajustar su obrar tanto el *juez* y *la administración* como *el legislador*. La fórmula "debido proceso" no hace, pues, sino mentar la idea de *racionalidad* o *razonabilidad* (pág. 133) y es el *medio general por el cual los tribunales pueden revisar la constitucionalidad de muchas leyes* para que éstas no invadan la esfera de la libertad garantizada por la Constitución liberal al individuo. Es una fórmula clásica que apunta hacia los valores vigentes en una comunidad democrática y que está como adherida a cada una una de las cláusulas constitucionales que atribuyen competencia al Poder Legislativo. Por eso nuestra Corte Suprema de Justicia ha fundado su facultad de revisión de la constitucionalidad de las leyes, por irrazonabilidad, principalmente en: a) el artículo 28 de la Constitución, según el cual: *"Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser 'alterados' por las leyes que reglamenten su ejercicio"* y también; b) en los artículos 27 y 33, relativos al *derecho de propiedad y a la existencia de derechos no enumerados* (pág. 158). Toda ley que se dicta influye en algún grado en la libertad del individuo y le señala la valla de lo ilícito. La garantía del "debido proceso" no hace sino decir al legislador. "Señor: hasta aquí no está Ud. facultado para traer esa valla, porque eso significaría restringir demasiado la dosis de libertad jurídica que predica como esencial nuestra actual cosmovisión democrática" (pág. 144).

Pero esta exigencia de razonabilidad puede manifestarse en dos aspectos o modos:

[20] LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las Leyes. El "Debido Proceso" como Garantía Innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, págs. 107 y 55.

1° En relación de antecedente o consecuente de la norma jurídica (*razonabilidad ponderativa*). Así sería irrazonable, por ejemplo, imputar la pena de muerte a la infracción a una ordenanza de tránsito, o una multa astronómica a una leve infracción; o el cierre de las iglesias a una epidemia palúdica, dado que el paludismo no se transmite por contagio directo [21].

2° En relación de antecedente a antecedente de las normas jurídicas, estableciendo *distinciones arbitrarias o irrazonables entre casos sustanciales idénticos*. Esta hipótesis constituye el principio de *igualdad ante la ley* que venimos tratando. La abundante jurisprudencia de la Corte citada nos exime de ilustrarlo con ejemplos. La tesis de Linares está encaminada a caracterizar y definir (por género próximo y diferencia específica) el primer caso de razonabilidad que el autor denomina ponderativo. Pero en el trabajo queda además perfectamente caracterizado, por exclusión, el segundo caso: *la igualdad ante la ley*. Vemos ahora con evidencia que esta última *constituye un caso de razonabilidad de las leyes*. Lo que exige de los jueces ese principio es que, al controlar la constitucionalidad de la ley, deben verificar que las diferencias que establecen los textos legales estén *justificadas* por la "naturaleza de las cosas". Es decir, si contempladas esas diferencias a la luz de la axiología jurídica vigente (la justicia y demás valores jurídicos) constitutiva del orden social creado y garantizado por la Constitución, *justifican* el trato desigual o aparecen como meras

[21] Hemos puesto ejemplos extremos por razones didácticas. Pero no está de más advertir que el criterio de la razonabilidad subyace y aflora en numerosos fallos de la Corte Suprema, por ejemplo en materia de restricciones y limitaciones legales puestas al ejercicio del derecho de propiedad (pueden verse, *Fallos*, 199:466 y 483; 210-1208; cfr. YMAZ, Esteban, "Acerca de la interpretación constitucional", *J.A.*, junio de 1949). La tendencia de la Corte a hacer lugar al recurso extraordinario contra sentencias *arbitrarias, irrazonables*, ha ido afirmándose y difundiéndose con el curso del tiempo (YMAZ, Esteban, "Arbitrariedad y recurso extraordinario", en *La Esencia de la Cosa Juzgada y otros Ensayos*, Depalma, Buenos Aires, 1954, págs. 77-107).

Pensamos asimismo que la llamada *acción de amparo*, hoy, con base legal pero en su inicio creada pretorianamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema, desde 1957 en adelante, para ampliar la protección limitada que confería el *hábeas corpus*, previsto implícitamente por el art. 18 de la Const. Nac., *no es sino un corolario del principio de razonabilidad de las leyes*: no es pensable que el ordenamiento constitucional argentino confiera derechos sin suministrar, a la vez, vías eficientes para hacerlos valer.

A nuestro juicio cabe señalar, como estrechamente emparentados, los siguientes instrumentos jurídicos: 1) el *contralor judicial general de inconstitucionalidad*, puesto en manos de todos los jueces; 2) el *recurso extraordinario* ante la Corte Suprema (que incluye, como su más importante desenvolvimiento jurisprudencial, el recurso por *arbitrariedad* de sentencia); 3) la *acción de amparo*, invocable ante cualquier tribunal judicial contra todo acto o vía de hecho, lesivos de un derecho, toda vez que no tenga previsto el ordenamiento jurídico ninguna otra defensa eficiente (v. *infra*, Cap. 26).

arbitrariedades "inspiradas en un propósito hostil contra determinadas personas o grupos de personas", según el lenguaje de nuestra Corte Suprema [22].

La tesis de Juan Francisco Linares ha aclarado la naturaleza *axiológica* del tema y contribuido a la determinación de su contenido. Su influjo sobre la jurisprudencia y la doctrina nacionales ha sido decisivo.

15.6. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Ya sabemos que los derechos subjetivos constituyen el aspecto activo, o de poder, de las relaciones jurídicas; sabemos, también, que se habla de derecho subjetivo en un sentido más técnico y específico cuando entre las condiciones para la actualización de la sanción contra el transgresor se incluye la manifestación de voluntad del derechohabiente, en cuanto pretende que la sanción sea efectivamente ejecutada. Este derecho subjetivo en sentido estricto es en general una técnica específica del derecho privado.

Ambos sentidos de la expresión "derecho subjetivo" han estado confundidos hasta hace poco tiempo y de aquí que al intentarse la clasificación de los derechos subjetivos, se redujese generalmente el tema a la clasificación de los derechos subjetivos privados. En época relativamente reciente, sin embargo, ha empezado a hablarse de derechos públicos subjetivos [23] y se ha advertido, aun en ellos, la posibilidad de manifestación con la técnica específica del derecho subjetivo en sentido estricto [24].

Si ponemos, pues, en conexión la noción de derecho subjetivo que hemos esclarecido en párrafos anteriores, con la división del derecho en público y privado que estudiaremos más adelante, obtendremos las nociones de derechos subjetivos públicos y derechos subjetivos privados.

[22] CSJN, *Fallos*, 133:402 y demás referidos en el trabajo citado de Giuliani Fonrouge.

[23] El concepto de derechos públicos subjetivos es de nuestro siglo y, a su respecto, no se ha logrado aún una formulación definitiva. Pueden consultarse: JELLINEK, Georg, *Sistema dei Diritti Publici Subbiettivi*, Milano, 1922; DI PISA, S. A., *Le Dottrine più Recenti in torno ai Diritti Pubblici Subbietivi*, Palermo, 1917; FERNÁNDEZ DE VELAZCO, R., *La "Acción Popular" en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1920, Cap. I, § 4, quien afirma que pocas cuestiones de derecho público han alcanzado más copiosa bibliografía que ésta referente a la teoría de los derechos subjetivos (pág. 29, nro. 2); FERRARA, Francesco, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, T. I, Roma, 1921, págs. 351-359; STERNBERG, Theodor, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1930, págs. 223-235.

[24] En el derecho público subjetivo del voto, p. ej., "cuando el votante puede recurrir al tribunal electoral en el caso de que su derecho haya sido violado, tal derecho es subjetivo exactamente en el mismo sentido técnico en que lo es un derecho subjetivo privado" (KELSEN, H., *Teoría General...*, cit., pág. 91).

Comenzaremos nuestra exposición por estos últimos, que han sido objeto de una larga elaboración doctrinaria.

15.6.1. Clasificación de los derechos subjetivos privados

Los juristas se han esforzado, desde los tiempos más antiguos, en clasificar los numerosos derechos subjetivos y sus varias manifestaciones.

La *Instituta* de Gayo los dividía en tres grupos: derechos de las personas, derechos de las cosas y de las acciones [25].

Savigny, por su parte, dividió los derechos en dos grandes ramas: derecho *de bienes* y derecho *de familia*. El derecho de bienes se subdivide en dos clases: derecho *de las cosas* y derecho *de las obligaciones*. "Debemos, por consiguiente —dice—, reconocer tres clases principales de derechos: 1°) derecho de familia; 2°) derecho de las cosas; 3°) derecho de las obligaciones". "Pero —agrega, consciente de lo relativo de su clasificación— si la abstracción separa rigurosamente estas tres clases de derechos, en la realidad viva se tocan en diferentes puntos, y estos contactos engendran necesariamente una multitud de modificaciones y de acciones recíprocas..." [26].

Ernest Roguin ha formulado una teoría general de la clasificación de los derechos escogiendo como criterio clasificatorio, según sus propias palabras, el *objeto del derecho* "en el sentido verdadero y filosófico de la palabra, es decir, el fenómeno exterior que el sujeto pasivo debe crear o mantener" [27].

De acuerdo con este criterio, Roguin retoma una clasificación que había propugnado Windscheid en el Tomo I de sus *Pandekten*. Windscheid había dividido los derechos en *absolutos* y *relativos*: *absolutos* son aque-

[25] Gayo, T. I, § 8: *Omne autem ius quo utimur, vel ad personas pertinent, vel ad res, vel ad actiones*. Conf. *Instituta*, 1, 2, § de *iure pers.*

[26] SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Sistema de Derecho Romano Actual*, T. I, Madrid, 1878, págs. 230-1.

[27] "Pero, bien entendido, no se trata aquí sino del objeto en el sentido verdadero y filosófico de la palabra, es decir del fenómeno exterior que el sujeto pasivo de la relación debe crear o mantener, de su acción o inacción, de la situación en el sentido amplio del término que él está obligado a respetar o producir. La cosa física misma en ocasión de la cual el derecho se despliega, el objeto en el sentido material y popular de la expresión, carece de influencia sobra la naturaleza del lazo. Esto se demuestra perentoriamente considerando que el mismo cuerpo puede dar lugar a derechos bien distintos, p. ej., ser poseído bajo diversos títulos, o aun sin título alguno" (ROGUIN, Ernest, *La Règle de Droit*, Lausane, 1889, pág. 201). En la última parte alude Roguin a casos como el siguiente: un inmueble puede ser ocupado con títulos distintos —como propietario, como inquilino, como usurpador, etc.—.

llos que existen contra todos; *relativos*, aquellos que existen contra una persona o un número limitado de personas. Observa Roguin que esta clasificación no comprende los derechos intelectuales, pues éstos, aunque no son equivalentes a la propiedad, tampoco son relativos pues se tienen contra todos. Propone, pues, agregar a la clasificación de Windscheid los que él denomina "monopolios de derecho privado", esto es, los llamados generalmente "derechos de propiedad intelectual".

La clasificación de Roguin se concreta en cinco grupos:

ABSOLUTOS	1. *Iura in persona ipsa*	(autopersonales) [28]
	2. *Iura in persona aliena*	(potestativos)
	3. *Iura in re*	(reales)
RELATIVOS	4. Derechos relativos a las obligaciones	
Ni relativos ni absolutos	5. Monopolios de derecho privado	(derechos intelectuales e industriales)

Los derechos *autopersonales*, o derechos sobre la propia persona, son los que posee cada hombre sobre su individualidad física y psíquica. Pueden reducirse a los siguientes: derechos a la vida, a la integridad orgánica, al honor, a la libertad física, a la libertad psíquica o libertad de conciencia. Son derechos absolutos pues no existen contra una persona determinada, sino que todos en general están obligados a respetarlos. El sujeto pasivo no es una persona en particular, sino que lo constituyen todas las demás personas sometidas al poder social. El deber correspondiente a estos derechos es puramente pasivo: consiste sólo en respetarlos, esto es, en no violarlos o perturbarlos. El Estado es, para Roguin, el origen y el límite de los derechos autopersonales. Éstos no serían originarios, sino concedidos por el Estado, el que, en consecuencia, puede restringirlos o suprimirlos para satisfacer necesidades políticas o proveer a la defensa social (ej.: estado de sitio, ley marcial, pena de muerte, pena de prisión, etc.). De modo, pues, que cuando se dice que estos derechos son "absolutos" no se alude a su ejercicio (que puede estar más o menos restringido), sino sólo a que *todos deben* respetarlos y no solamente ciertas y determinadas personas.

[28] En rigor de verdad, Roguin no emplea los términos *autopersonales y potestativos* como sinónimos de los dos primeros grupos de su clasificación. Quien los ha empleado es BUNGE, C. O., *El Derecho*, cit., págs. 381-389. Nosotros creemos conveniente incorporarlos a la clasificación del primero de la que constituyen felices expresiones verbales.

Los derechos *potestativos*, o derechos sobre la persona de otro, son los que se ejercen en forma de autoridad de un individuo con respecto a otro y a la administración de los bienes que le pertenecen. En esta categoría de derechos se encuentran el poder marital, ejercido por el marido sobre la mujer; la patria potestad, ejercida por los padres sobre sus hijos menores de edad; la tutela, ejercida por un tercero, el tutor, sobre menores de edad no sometidos a la patria potestad por extinción, pérdida o suspensión de ésta; y la curatela, ejercida en principio por una persona (el curador), sobre mayores de edad que caen en incapacidad (los dementes, p. ej.). Estos derechos son clasificados por Roguin en la categoría de absolutos porque el sujeto pasivo está constituido por todos los miembros de la sociedad que deben respetar la potestad que ejerce el titular del derecho sobre la persona sometida [29].

Los derechos *reales*, o derechos sobre las cosas, han sido definidos como los que se ejercen directamente sobre las cosas; en otros términos, aquellos que crean una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa objeto de él. Ésta es, al menos, su definición tradicional. Contra ella se ha levantado la objeción de que un derecho es siempre una relación entre sujetos y no entre un sujeto y una cosa: el contenido propio de un derecho real estaría constituido, por lo tanto, por la obligación de los demás de no perturbar al derechohabiente en su ejercicio [30].

Nuestra legislación (art. 2502, Cód. Civ.) no admite otros derechos reales que los enumerados expresamente, de modo que, como dice el mismo artículo, *todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificase los que por este Código se reconocen, valdrán sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer*. Tal ocurría, por ejemplo, con la venta de un piso en una casa colectiva hasta la sanción de la ley 13.512, que consagró entre nosotros la propiedad horizontal [31].

[29] ENNECCERUS, L. - NIPPERDEY, Th. (*Derecho Civil*, T. I, Barcelona, 1934, pág. 202). Estos autores destacan —y tienen razón— que "los *derechos de familia* tienen un aspecto *relativo* por cuanto obligan a la persona determinada a una cierta conducta, p. ej., a la mujer a seguir al marido, pero además tienen un aspecto *absoluto* en cuanto está prohibido a todos atacar el señorío jurídico familiar".

[30] "El dominio jurídico de una persona sobre una cosa no consiste sino en una determinada relación jurídica del sujeto con otros sujetos, es decir, en el deber de estos últimos de no perturbar al propietario en su posibilidad de disposición sobre una cosa"... "Un *ius in rem* no es un derecho sobre una cosa, sino un derecho frente a un número indeterminado de personas, obligadas a conducirse de cierto modo con respecto a un determinado objeto; trátase de un derecho subjetivo absoluto al que corresponde un deber jurídico igualmente absoluto" (KELSEN, H., *Teoría General*..., cit., pág. 89; *Teoría Pura*..., cit., pág. 119).

[31] Para evitar confusiones, hacemos constar que cuando la Constitución Nacional

Los derechos relativos, llamados también genéricamente *obligaciones* (atendiendo al deber correlativo), y con más propiedad, *derechos de crédito o creditorios*, han sido definidos como aquellos que tenemos contra una o varias personas determinadas y que nos autorizan a exigir de ellas la entrega de una cosa (obligación de *dar*), el cumplimiento de un hecho (obligación de *hacer*). o de una abstención (obligación de *no hacer*).

Estos derechos importan, a diferencia de los absolutos, la existencia de un sujeto pasivo particular y directo. A este último le corresponde algo más que la actitud pasiva de todos los demás miembros de la sociedad, el vínculo jurídico le obliga a dar, hacer o no hacer. No son, pues, esencialmente derechos contra todos en general sino contra uno o unos en particular. La comunidad social constituye sólo un sujeto pasivo general e indirecto, obligado a respetar dichos vínculos jurídicos.

Finalmente, "llámase derechos *intelectuales e industriales* los que corresponden a los autores, inventores y fabricantes, sobre sus obras, inventos y marcas de fábrica, para evitar que sean reproducidos, apropiados o falsificados".

Estos derechos constituyen para Roguin una especie de *monopolio de derecho privado*. Los monopolios de derecho privado, como dice Roguin, "no garantizan, como los derechos absolutos, un poder sobre una cosa determinada individualmente; sólo atribuyen el derecho de disponer individualmente de todo un género de cosas. No dan un poder directo e inmediato para utilizar una cosa, sino la facultad de impedir a otro el tener una especie dada, y todo esto independientemente de los poderes del monopolizador sobre las cosas individuales que le pertenecen. El contenido de los monopolios es la obligación de no hacer como otro; el de los derechos reales es el de no atentar contra la cosa de otro" [32].

Nuestra clasificación. Señaladas las principales críticas a la clasificación propuesta por Roguin pasemos, sobre dicha base, a proponer nuestra propia clasificación que conserva, aunque con un sentido diverso y más preciso, los cinco grupos propuestos por el citado autor. En pri-

---

reconoce y garantiza, entre otros derechos, el de "propiedad privada" (arts. 14, 17 y concs.), el término "propiedad" es tomado en un sentido más amplio que el del texto, pues comprende todos los derechos que integran el patrimonio, incluso, p. ej., los créditos emergentes de un contrato.

A propósito del derecho de propiedad conviene tener presente, para evitar confusiones, que tanto en la clasificación de Roguin como en general en las clasificaciones de derechos que venimos estudiando, cuando se lo califica de *absoluto* sólo se quiere decir que existe contra todos, sin referirse para nada a las limitaciones que el ejercicio del derecho puede admitir, las que son cada vez mayores en aras del interés social.

32 ROGUIN, E., *op. cit.*, pág. 310.

mer lugar, es necesario hacer explícito el punto de vista desde el cual se realiza la clasificación, el *criterium divisionis*. Para ello conviene partir, de la base de que el derecho subjetivo consiste en la pretensión jurídica de que el obligado cumpla su prestación. Según esto, el *criterio más aceptable para una división de los derechos será la prestación*. La prestación es siempre el acto (comisión u omisión) de un hombre (el obligado). Ello significa que en la prestación aparecen, en forma inescindible, estas dos cuestiones: *¿quién es el obligado?* y *¿a qué está obligado?*, es decir, ¿qué acto le está impuesto?

Por la primera cuestión se determina el *sujeto pasivo* de la relación jurídica. Por la segunda, los *actos que ese sujeto deberá realizar*.

El primer criterio nos da la división en: I) *derechos absolutos* (todo miembro de la comunidad se encuentra obligado a la prestación); y II) *derechos relativos* (determinado —uno o varios— miembros de la comunidad se encuentra obligado a la prestación). Digamos dos palabras sobre esta clasificación tradicional.

I) *Derecho absoluto* es aquel que se tiene contra todo miembro de la comunidad. Derecho absoluto no significa, pues —en este contexto—, que no pueda ser limitado o desconocido por el orden jurídico. Derecho absoluto es un derecho *reconocido* por el orden jurídico *contra cualquiera* de los individuos sometidos a dicho orden. Esto no quiere decir que no pueda tenerse un derecho subjetivo contra el Estado, quien puede ser, en efecto, sujeto pasivo de una relación jurídica, pero esto es así solamente porque el orden jurídico así lo determina [33].

33 El Gobierno de la Nación, como representante del Estado, puede ser llevado a juicio ante los tribunales, con lo que se pondría de relieve su carácter de sujeto pasivo de relaciones jurídicas propiamente dichas y el carácter de derecho subjetivo, en sentido estricto, del derecho que posee el otro sujeto de la relación. Sin embargo, tanto en nuestro país como en muchos otros, se rodea a la demanda de ciertos recaudos que señalan el carácter voluntario y gracioso —no obligatorio— de este sometimiento del Estado a sus tribunales comunes. Según la ley 3952 se requería la previa venia legislativa para demandar a la Nación. Después de la reforma introducida a la ley citada por la ley 11.654, no se requiere ya la autorización legislativa previa, pero la sentencia contra el Estado conserva su carácter meramente declarativo sin posibilidad de vía ejecutiva, por lo cual, en definitiva, el cumplimiento depende del libre asentimiento del Estado —representado por el Poder Ejecutivo— a la sentencia. En sus fallos desde 1966 la Corte Suprema ha mostrado una clara tendencia a suavizar la cruda situación de privilegio de que gozó el Estado.

Actualmente ese privilegio sufrió una importante restricción, por cuanto los jueces antes de proceder a la ejecución deben requerir al Estado que determine el plazo en el cual piensa cumplir con su obligación. Si éste no contesta o fija un plazo considerado "irrazonable", el juez lo fija, procediendo al embargo de bienes si a su vencimiento el Estado no cumplió con el pago.

Todo *derecho relativo* tiene también un lado o aspecto absoluto: existe el deber general de los miembros de la comunidad de no interferir en ese derecho relativo y no impedir el cumplimiento de la prestación.

No cabe descartar la posibilidad de que la prestación correspondiente a un derecho absoluto pueda consistir en actos positivos de los obligados, en actos de comisión. Así, por ejemplo, ante una calamidad pública —terremoto, inundación, etc.— podría imponerse a todos los habitantes la obligación universal de albergar a las víctimas de la catástrofe. Pero de hecho la prestación correspondiente a un derecho absoluto consiste generalmente en un deber general de abstención, esto es, en un acto de omisión. Se plantea, pues, el problema de delimitar el ámbito de esta abstención universal que corresponde a los derechos absolutos. En primer lugar, todos están obligados a no interferir en la persona misma del derechohabiente, en su integridad física, en su libertad y en su personalidad moral; éste es el contenido propio de los derechos que denominaremos *de la personalidad*. En segundo lugar, en un régimen en que se acepta la propiedad privada y la consiguiente posesión privada de los bienes, todos están obligados a no interferir en la posesión de sus bienes en que se encuentra el titular del derecho. Por extensión, a partir del derecho de propiedad, este grupo de derechos absolutos abarca el conjunto de los *derechos reales*, en los cuales una cosa material, concreta, sirve de base para delimitar el ámbito del deber general de abstención. Por fin, en un estado superior de civilización se advierte que el descubrimiento, la creación o la invención colocan al creador o inventor en una relación muy peculiar con el objeto de su creación y se obliga a todos los miembros de la comunidad a respetar dicha relación, prohibiéndoseles la reproducción de ese objeto. Se trata, en este caso, de los derechos *intelectuales*. Como acertadamente señala Roguin, es aquí un género de cosas, y no una cosa material concreta determinada, el que sirve para demarcar el ámbito del deber general de abstención.

II) En los *derechos relativos* el sujeto pasivo de los mismos no es un miembro cualquiera de la comunidad en su carácter de tal, sino uno o varios individuos determinados. La prestación a la que el sujeto pasivo se encuentra obligado puede ser: a) un acto aislado dentro de la vida de este sujeto y determinable numéricamente (pagar una vez una suma de dinero, pagar cada mes el alquiler, construir una casa, etc.). En este caso nos encontramos ante un *derecho creditorio*. En cambio, puede ser b) que la prestación sea en principio indeterminada y surja continuamente de un *status* o situación que actúa como *fuente* permanente y renovada de la misma. El contenido mismo de la prestación queda en principio y dentro de anchos límites subordinado a la pretensión del derechohabiente. En *estos* casos hay *una verdadera sujeción del sujeto pasivo al activo*, una verdadera subordinación de su libertad y un poder del segundo sobre el primero. Se denomina a estos derechos, por ello, *potestativos* y el ejemplo más terminante de ellos se encuentra en la *patria potestad*, en la cual el deber general de *obediencia* de los hijos menores a sus padres implica la sujeción y subordinación de su personalidad a la de sus progenitores, dado que el contenido mismo del deber depende en principio de la voluntad del derechohabiente. La *autoridad marital* puede, aunque bastante debilitada, servirnos también de ejemplo de derechos potestativos. Sobre la base de esta delimitación de los derechos potestativos podemos decir que las instituciones de la *esclavitud* y la *servidumbre*, hoy desaparecidas, pertenecían a ese grupo de derechos y no al de los derechos reales, como se llegó a considerar antiguamente.

Sintetizamos en el siguiente cuadro la subdivisión de los derechos subjetivos que proponemos, según la determinación del contenido de la prestación:

Derechos subjetivos (clasificados según la prestación correlativa a los mismos)

DERECHOS ABSOLUTOS: Obligado: todo miembro de la comunidad	1° de la personalidad (denominados también derechos de libertad).	Para determinar el contenido de la abstención universal se toma en cuenta la persona física y espiritual del derechohabiente (derecho a la vida, a la integridad física, al honor, etc.).
	2° reales	Se toma en cuenta una cosa material concreta determinada, con relación a la cual aparece el deber general de abstención (propiedad y demás derechos reales).
	3° intelectuales:	Una "cosa" genérica, un género de cosas, se toma en cuenta para determinar la abstención univer- sal.
DERECHOS RELATIVOS: Obligado: individuos determinados	4° potestativos	Derecho a actos indeterminados e indefinidos de una persona determinada (patria potestad, autoridad marital, esclavitud, servidumbre, vasallaje, etc.).
	5° creditorios	Derecho a uno o varios actos determinados de una persona determinada (dar una cosa o una suma de dinero; hacer, p. ej.: un traje; no hacer, p. ej.: no colocar un letrero luminoso en la fachada del local alquilado).

Otro criterio usual en la clasificación de los derechos es el que se hace teniendo en cuenta el *interés presumido* en el derechohabiente. Con arreglo a esto se dividen los derechos en: a) *patrimoniales* y b) *extrapatrimoniales*. Entre los *patrimoniales* contaríamos a los grupos 2° (*reales*) y 5° (*creditorios*) de nuestra clasificación anterior y entre los *extrapatrimo-*

niales los grupos 1° (de la *personalidad*) y 4° (*potestativos*). Los derechos intelectuales presentan la particularidad de que responden a un doble interés patrimonial y extrapatrimonial, simultáneamente. Al primero corresponde el derecho del autor a percibir una cuota como "derecho de reproducción" por cada ejecución o ejemplar de su obra; al segundo, el derecho a impedir que se introduzcan en la obra alteraciones, a exigir que se mencione su nombre en la misma, etcétera.

15.6.2. Derechos subjetivos públicos [34]

Ya hemos advertido que poniendo en contacto la noción de derecho en sentido subjetivo con la división —que hemos de estudiar más adelante— del derecho en público y privado, obtendremos la clasificación de los derechos subjetivos en públicos y privados. La doctrina sobre los derechos subjetivos públicos es de elaboración relativamente reciente y se encuentra en dependencia muy estrecha de las nociones un poco fluctuantes de derecho público y privado [35], por lo que nos limitaremos a una exposición sintética del tema.

En términos generales podemos decir que *hay derecho subjetivo público cuando entre los sujetos de la relación jurídica* —ya sea como sujeto pasivo u obligado, ya sea como sujeto activo o pretensor— *se encuentra el Estado* (*o un órgano del mismo*) *que actúa en su carácter de tal*.

Para dar a esta definición su alcance exacto, debemos advertir que el Estado actúa jurídicamente con una *doble personalidad*: 1°) en la mayoría de los casos, como *persona de derecho público*, como representante de la comunidad, como centro de imputación del orden jurídico mismo. En estos supuestos *subordina* (relación de subordinación) la conducta de los particulares a sus propias determinaciones, estableciendo los derechos y los deberes correlativos de los particulares y también los de los funcionarios (p. ej.: percepción de impuestos, prestación de servicios públicos, conscripción militar, policía de seguridad, administración de justicia, expropiación por causa de utilidad pública, etc.). En todos estos casos ciertos órganos permanentes del Estado —que tienen sus deberes establecidos por el orden jurídico— entran en diversas relaciones con los particulares. Se establece así una relación jurídica entre el particular por una parte y el Estado (por intermedio de sus representantes) por la otra, relación jurídica en la cual la conducta del particular queda *subordinada* a la determinación que sobre ella establezca el órgano o el conjunto de órganos estatales; 2°) en otras ocasiones el Estado actúa frente a los particulares, como *persona de derecho privado*. Es titular de un patrimonio y contrata, compra, vende, alquila, en un plano de *igualdad con los particulares*. Esta distinción de la actuación del Estado como *persona de derecho público* y como *persona de derecho privado* ofrece, es menester reconocerlo, toda la relatividad de la distinción misma entre derecho público y privado.

[34] V. JELLINEK, G., *Sistema...*, cit.; FERRARA, F., *op. cit.*, págs. 351-359.

[35] Ver *infra*, 23.1.

Hecha esta salvedad, podemos completar la definición anterior y decir que *hay derecho subjetivo público cuando uno de los sujetos de la relación jurídica es el Estado, actuando como persona de derecho público, o un órgano del mismo que actúa en su carácter de tal*. Hasta aquí hemos expuesto la noción de "derecho en sentido subjetivo" —relación jurídica— en el plano del derecho político. Pero, tal como lo señalamos al comienzo de este capítulo, toda relación jurídica presenta un aspecto pasivo —el deber jurídico— y uno activo —el derecho subjetivo, a secas, que ahora calificamos como derecho subjetivo público—. Cabe todavía agregar —también en correlación con lo expuesto anteriormente— que existe un derecho subjetivo público *strictissimo sensu* cuando la ley concede una acción procesal al titular para hacerlo valer.

Como el Estado no es sino una abstracción, un centro de imputación normativa, de hecho ocurre que en los derechos subjetivos públicos hay siempre un *órgano del Estado* que resulta (en nombre del Estado) *facultado* u *obligado*. Si para hacer efectivo ese facultamiento u obligación se prevé un procedimiento determinado, una instancia ante otro órgano del Estado para que haga efectiva la sanción contra el obligado que dejó de cumplir su deber, entonces hay en verdad un *derecho subjetivo* (*público*) *en sentido estricto* cuando el facultado se encuentra autorizado para acudir mediante una *acción* ante los tribunales a efectos de que se aplique la sanción contra el transgresor. Por ejemplo: el derecho subjetivo (privado) de crédito, ante la resistencia del deudor, puede hacerse efectivo reclamando ante el tribunal la deuda, a efectos de que ésta sea oportunamente ejecutada contra el deudor remiso. Del mismo modo, el derecho subjetivo (público) de un ciudadano a la libertad personal, si se encuentra desconocido por un órgano del Estado que lo ha privado de dicha libertad, puede hacerse valer mediante el correspondiente recurso de *hábeas corpus* presentado ante el juez competente, quien ordenará la inmediata comparecencia del ciudadano privado de su libertad y el cese de la detención [36].

[36] Es de notar que la Corte Suprema, que siempre había restringido la protección expeditiva de la libertad a los casos de privación indebida de la libertad física, en dos importantes resoluciones (casos "Ángel S. Siri", del 27-XII-1957, *L.L.*, 89-532 y "Kot, Samuel,

Aspecto público de los derechos subjetivos absolutos. De acuerdo con lo expresado anteriormente advertimos que todos los derechos subjetivos que hemos calificado de absolutos tienen también un aspecto público, constituyen derechos subjetivos públicos, en cuanto también los órganos del Estado (o el Estado por intermedio de sus órganos) se encuentran obligados a abstenerse de violarlos. Esta situación se hace particularmente notoria dentro de lo que se entiende con la expresión *Estado de Derecho*[37].

La acción procesal como derecho subjetivo público. Puesto que el Estado monopoliza la coacción y se encarga de este modo de hacer efectivos contra el obligado los derechos del facultado, paralelamente al derecho subjetivo del facultado debe reconocerse, en términos generales, el derecho de éste a solicitar la intervención de los órganos estatales a efectos de actuar la norma en el caso concreto y hacer efectiva la sanción contra el obligado (derecho de *acción*). Mientras en el derecho subjetivo de fondo el obligado es un miembro cualquiera de la comunidad (o, eventualmente, todos los individuos), en el *derecho subjetivo de acción* resulta obligado específicamente un órgano estatal. Su obligación consiste en juzgar, esto es, en ejercer su jurisdicción, en resolver —conforme a la norma general— el caso concreto sometido a la misma[38].

Los derechos subjetivos públicos del Estado. Paralelamente a los *derechos subjetivos públicos de los particulares* a una prestación del Estado (representado por sus órganos) tenemos que considerar los *derechos subjetivos públicos del Estado* frente a los particulares, es decir, el derecho subjetivo del Estado a una determinada prestación por parte de los particulares. Ahora es el Estado el que se encuentra en el aspecto activo o de poder de la relación jurídica y el súbdito o particular el que ocupa la situación pasiva, el obligado a una prestación.

En el Estado moderno, éste tiende normalmente a cumplir todos los servicios públicos por medio de funcionarios permanentes rentados, de modo que frente a los particulares limita sus exigencias a *gravámenes pecuniarios* (impuestos, tasas, contribuciones, etc.). Usualmente, por consiguiente, la obligación de los súbditos frente al Estado consiste en el pago de una suma de dinero, y correlativamente el derecho del Estado es el de exigir ese pago. No obstante, por la índole misma del servicio o por prestarse éste en circunstancias ocasionales —lo que hace superflua la presencia de funcionarios o empleados permanentes—, es también frecuente que el Estado pretenda del particular no el pago de una suma de dinero, sino la efectiva prestación de un servicio personal. Es el caso de las que se denominan con más propiedad *cargas públicas* (obligación del servicio militar, de integrar mesas receptoras de votos en las elecciones, de actuar como oficial censor colaborando en la confección de un censo, de construir cercos y veredas en las ciudades, etc.).

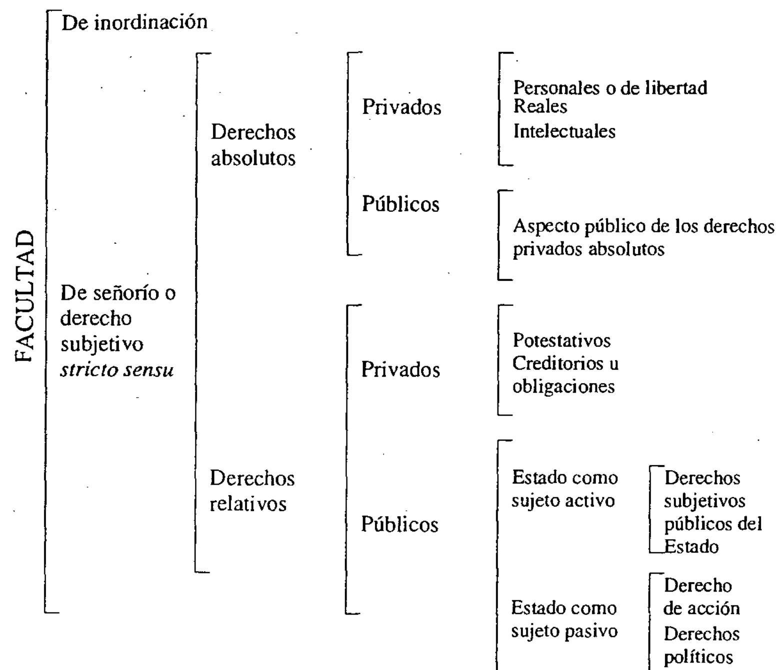
En lo que se refiere a las obligaciones de los particulares con relación al Estado, la Constitución Nacional consagra en su artículo 16 *in fine* el principio de que la igualdad es la *base del impuesto* y de las cargas públicas, norma que es interpretada en el sentido de que estos gravámenes deben ser distribuidos *equitativamente*, no con una igualdad aritmética sino en forma *proporcional*. Para cerrar este capítulo ofrecemos un cuadro sinóptico completo de la clasificación de la facultad o derecho subjetivo.

S.R.L.", del 5-XI-1958, *L.L.*, 30-XII-1958) amplió la esfera de esa protección: a) a cualquiera de los derechos que integran la libertad *lato sensu* —como, p. ej.: la libertad de trabajo, o de disponer de la propiedad—, toda vez que resultaría un daño grave e irreparable si se remitiera la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales; b) incluso en los casos en que el menoscabo de los derechos no emana del poder público, sino de personas privadas. Se configura así, además del tradicional *hábeas corpus*, una más genérica acción de amparo, inicialmente de creación jurisprudencial.

[37] Ver *infra*, Cap. 24, Derecho constitucional.

Los jueces ya se encuentran obligados a aplicar por sí, de oficio, en primer término la Constitución Nacional y, por ende, a no aplicar una norma cualquiera dictada en violación a la misma. Pero, además, se reconoce al particular que considera violado su derecho subjetivo constitucional el medio procesal de invocar dicha violación judicialmente a efectos de que el magistrado se abstenga de aplicar la norma que lo viola. Se reconoce en este medio técnico de invocación procesal una forma de protección paralela a la que constituye el carácter distintivo del derecho subjetivo en sentido estricto (*acción civil*).

[38] Ver *infra*, Cap. 26, Derecho procesal.



CAPÍTULO 16

LA POSITIVIDAD Y LAS FUENTES

CAPÍTULO 16

LA POSITIVIDAD Y LAS FUENTES

16.1. INTRODUCCIÓN

Sentada ya en lo precedente (Cap. 11) nuestra adhesión al iuspositivismo (o positivismo), dedicamos este capítulo a esclarecer la noción de *positividad* que presenta el Derecho que constituye el objeto de estudio de los juristas. En nuestra opinión, la positividad se funda en la *vigencia* efectiva de las normas y/o del conjunto de ellas, punto central que trataremos de fundar al desarrollar el tema.

De acuerdo a la concepción iuspositivista a la que adherimos, el sentido jurídico de las acciones de los hombres en un grupo sociocultural determinado le es impuesto por los miembros mismos de dicho grupo sociocultural: la licitud o ilicitud de un curso de conducta depende de otras conductas observadas por los miembros del grupo. Si recordamos lo que hemos dicho sobre las normas o reglas (jurídicas) como "esquemas de interpretación" de la conducta, advertiremos que el tema de la positividad desemboca sin escapatoria en el tema de las fuentes. Sin perjuicio de lo que se expondrá en este capítulo, ya hemos señalado la importancia de las fuentes para la constitución de la ciencia jurídica (9.3. y 10.): ellas le suministran su tema u objeto: son cursos de conducta tipificados a los que se reconoce (por parte de los miembros mismos del grupo) la virtud de introducir o sustraer reglas —jurídicas— del conjunto —o "sistema"— de normas. Dedicamos el comienzo de este capítulo a mostrar las relaciones entre positividad y fuentes, en el Derecho y en otros "sistemas" normativos.

16.2. NOTAS EXPLICATIVAS

16.2.1. Positividad y vigencia

El *formalismo* jurídico centra su atención en las normas introducidas por órganos autorizados —el Parlamento, pongamos por caso—. Esta in-

troducción autorizada constituye para el formalismo condición suficiente para la positividad del Derecho, con independencia de la vigencia efectiva de la norma así introducida. El *realismo* jurídico señala, en cambio, que la positividad del conjunto de normas tiene como condición necesaria y suficiente la eficacia del mismo. La norma fundamental (concreta) kelseniana o la regla última de reconocimiento de Hart se sustentan, pues, en el acatamiento general —como ya hemos tenido oportunidad de señalar al desarrollar la teoría del ordenamiento jurídico—. Una versión más extrema y coherente —como la de Olivecrona, p. ej.— nos llevaría a afirmar que "cualquier norma que obtenga acatamiento es tomada en cuenta por esta misma causa; el procedimiento regular y la jerarquía o competencia de la autoridad de la que emana no son otra cosa que motivos que pueden coadyuvar a ese acatamiento, pero no son condiciones necesarias para la calificación que se otorgue a la norma" (Guibourg, *op. cit.*, pág. 71). Por nuestra parte, podemos suscribir este aserto, pero discrepar del punto de vista central de Olivecrona: que el Derecho es fuerza organizada y se funda en último término en el miedo al castigo ejercido por un poder irresistible. Esta definición parte acríticamente de la equiparación cuestionable del Derecho con derecho estatal, tal como se da en el Estado moderno. Pero el Derecho como forma de control social constituye un sistema (en el sentido de la moderna teoría de sistemas, y no como conjunto de prescripciones lógicamente implicado o deducible) que se encuentra en interrelación con otros sistemas también operantes en el grupo sociocultural en consideración.

Cabe aplicar al Derecho lo que un destacado epistemólogo ha recomendado para la economía: "No se aisle la economía, trátesela como subsistema de la sociedad y, por lo tanto, como un subsistema fuertemente acoplado con la cultura y la política" [1].

La vigencia de las normas jurídicas y del sistema 'Derecho' depende más de su interrelación con el conjunto de sistemas que conforman la sociedad que del poder irrefragable que se atribuye con exageración a los órganos del Estado.

16.2.2. Positividad y fuentes

La positividad no constituye una nota específica del "sistema" de control social que denominamos 'Derecho'. Si consideramos normas positivas —conforme a nuestro punto de vista— a las vigentes, tendremos que decir que son normas positivas todas las que son usadas efectivamente en

[1] Conf. BUNGE, Mario, *Economía y Filosofía*, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 107.

un grupo sociocultural determinado para regular la conducta de sus miembros, vale decir, para conferirles los caracteres deónticos básicos de conducta *obligatoria, prohibida* o *facultativa* (el carácter deóntico de 'permitido' nos ocupará más adelante).

Es fácil advertir que normas *positivas de tipo religioso* —según las diferentes confesiones— prohíben a los fieles ingerir alcohol y los facultan a contraer más de un matrimonio en tanto otras prohíben la poligamia, pero no la ingestión de alcohol, etcétera. En cuanto a las *normas positivas de etiqueta*, pueden exigir en algunos grupos socioculturales de Occidente abstenerse de tocar los alimentos con las manos durante las comidas, que los varones cedan el paso a las mujeres, se saluden dándose la mano, etcétera. Estos comportamientos serían violatorios de las normas de etiqueta prevalecientes en Oriente. El acatamiento generalizado constituye en todos los casos la regla última que permite identificar un 'sistema' de normas positivas, vale decir que —con las salvedades que tendremos que hacer— la *costumbre* constituye la fuente de máxima jerarquía en todo orden normativo positivo. Ello vale también para las sanciones destinadas a preservar tal orden contra los díscolos. Sanciones terrenas, como la excomunión, o ultraterrenas en el caso de normas religiosas, exclusión de los que violan las normas de etiqueta de los círculos en los que se las respeta, la burla general que convierte en un hazmerreír a quien viola las reglas de la moda, etcétera. La aplicación de estas sanciones tiene eficacia en la medida en que los miembros del grupo las aplican por sí mismos o acatan a quienes las aplican. Pero sin perjuicio del papel fundante de la fuente costumbre, es posible señalar fuentes específicas de ciertas normas. Así, la palabra de Mahoma para la prohibición del alcohol y la admisión de la poligamia entre los musulmanes; la práctica atribuida a las clases más altas para las reglas de etiqueta; los modelos lanzados por modistos prestigiosos para la moda, etcétera.

Cuando se habla de la moral, suele introducirse subrepticiamente alguna confusión en el tema, ya que muchos piensan que existe una moral absoluta cuyas exigencias se aplican independientemente del acatamiento general a sus reglas en un grupo sociocultural determinado (algo semejante hemos visto al tratar el iusnaturalismo y la doctrina del Derecho Natural). Sea esto, o no, así —tema que ofrece serias dificultades filosóficas para su definitivo esclarecimiento—, lo cierto es que existe en todo grupo sociocultural una moral positiva en un todo semejante a los otros órdenes normativos positivos. Vale decir que su fuente básica es la costumbre. La misma palabra 'moral' deriva de la latina *mos mores*, que quiere decir costumbres. Es obvio, por ejemplo, que en los pueblos latinos en general la moral positiva ha estado, y aún está, sumamente ligada al tema de la se-

xualidad, cosa que no ocurre entre los pueblos nórdicos, para citar un ejemplo. La práctica pragmatista de negociar la pena con el delincuente que está dispuesto a confesar y testimoniar contra sus cómplices, no choca con la moral positiva de los norteamericanos pero sería considerada inmoral entre nosotros.

16.2.3. La teoría tradicional y aún prevaleciente sobre la costumbre

La teoría sobre la costumbre como fuente ha sido desarrollada en el campo del Derecho. Esta teoría consiste básicamente en la exigencia de tres requisitos, a saber: 1) conductas iguales repetidas en general en condiciones iguales; 2) durante un tiempo suficientemente largo (*inveterata*, en latín o *immemorial*, en inglés); 3) la opinión generalizada sobre el carácter obligatorio de tales conductas (*opinio iuris* u *opinio necessitatis*). Aunque esta teoría ha sido desarrollada para el Derecho, atento lo que llevamos expuesto en la nota explicativa precedente, ella podría extenderse a todo sistema normativo positivo. Solamente que entonces se haría bastante claro que el "tiempo suficiente" no tiene por qué ser inmemorial o de antiguo arraigo (inveterada) ya que sistemas normativos como el de la moda, o aun la moral positiva, pueden cambiar mucho más rápidamente de lo que pretende la teoría tradicional. Con lo cual también se haría claro que el subsistema 'Derecho' —que para ser efectivo debe armonizar con los otros subsistemas del grupo sociocultural— se encuentra forzado a cambiar más rápidamente de lo que supone la teoría tradicional. Así, la moda de la minifalda o de la bikini han forzado un cambio en la moral positiva, cambio que, a su vez, ha forzado un cambio en el sentido de la palabra 'obsceno', lo cual ha traído aparejado un cambio en las normas de Derecho que establecen pena para exhibiciones obscenas.

16.2.4. Algunas deficiencias de la teoría sobre la costumbre

Aun después de salvados los escollos menores apuntados al final de la nota precedente, la teoría prevaleciente sobre la costumbre no se plantea ni intenta dar respuesta a dos preguntas pertinentes: 1) ¿cómo se origina una costumbre? 2) ¿cómo se modifica una costumbre? La segunda pregunta no parece abrigar secretos recónditos: algunos iniciadores (*pionners*) se apartan públicamente de la costumbre vigente, otros los imitan hasta que finalmente la costumbre ha sido modificada. Así, las primeras mujeres que trabajaron fuera de sus casas o que ejercieron profesiones liberales, las primeras que usaron minifaldas, etcétera. En muchos casos los "iniciadores" en un grupo sociocultural se limitan a introducir en ese grupo costumbres prevalecientes en otros grupos socioculturales, pero esto no cambia sustancialmente la respuesta. Ella nos ofrece una pista sobre la respuesta a la primera pregunta, cosa que haremos en el punto siguiente. Dedicaremos lo que resta de la presente a mostrar algunas características de los sistemas normativos positivos como instrumentos de control social, que nos permitirán advertir por qué la teoría tradicional omitió el planteo mismo de la pregunta 1) formulada más arriba.

Ocurre que la finalidad de los sistemas de control social es la de regir la conducta de los individuos, los miembros del grupo. Esta conducta consistirá en cada caso en algo individual, como la conducta de un agente determinado en una ocasión determinada. Pero el sistema de control no puede consistir (imposibilidad lógica, empírica y/o técnica) en normas individuales que contemplen las conductas del grupo para ocasiones únicas. El sistema debe, por fuerza, integrarse con normas generales que contemplen clases de agentes y de acciones. Por ello se ha prestado atención a la costumbre como fuente de normas generales y la pregunta sobre el origen de la costumbre no parece pertinente. En suma: el tema de las fuentes ha sido referido exclusivamente a los hechos a los que se reconoce, en un grupo sociocultural, la virtud de introducir o sustraer normas *generales* del conjunto o sistema de normas que se conoce como 'Derecho'. Como veremos en el parágrafo siguiente, la pregunta por el nacimiento de la costumbre nos lleva de la mano a reconocer que la fuente más originaria se da al nivel de algunas normas individuales.

16.2.5. El origen de la costumbre y la constitución originaria de los sentidos

Aunque la indagación sobre este tema la hemos hecho en relación a la costumbre jurídica o derecho consuetudinario (Vilanova, J., *Elementos...*, cit., Apéndice IV), trataremos aquí de dar una versión de la primera parte de la argumentación que resulta aplicable a todo sistema normativo positivo.

En el caso de las normas consuetudinarias, usualmente se asigna sentido a una acción o curso de conducta mediante la aplicación de una norma general establecida por la costumbre. Pero esto no pudo ser obviamente así para los primeros casos anteriores al tiempo en el que la costumbre quedó establecida. Para estos primeros casos que finalmente terminaron por dar origen a esa costumbre, debemos optar por uno de los dos términos de la siguiente alternativa: o bien estos casos carecían de sentido (jurídico, moral, de cortesía, etiqueta, moda, etc.), o bien ya venían pertrechados de tal sentido. Pero, si bien lo pensamos, el primer término de la alternativa debe ser descartado, pues la repetición de hechos

sin sentido alguno no puede darnos una regla general atributiva de sentidos, tal como la suma de ceros (ceros deónticos, digamos) no nos puede dar otra cosa que cero. Decididos ya por el segundo término de la alternativa, debemos descartar una variante del mismo en la cual los hechos pertrechados de sentido aparecen, ora con un sentido deóntico, ora con otro incompatible con aquél. Pues esta incompatibilidad obsta a la creación de una norma general (consuetudinaria) que atribuye un único sentido deóntico, por ejemplo 'obligatorio', para una clase de acciones o cursos de conducta. Cabe, pues, concluir en que la costumbre se constituye u origina por la repetición de acciones provistas de sentido, cuando, y solamente cuando, tales acciones caen bajo una descripción común específica y tienen, además, el mismo sentido (jurídico, moral, de cortesía, etiqueta, moda, etc.). De modo que la pregunta por el origen de la costumbre nos remite a una forma más originaria de constitución de sentidos: aquella que se realiza por los miembros del grupo sociocultural en forma espontánea, no reglada, para acciones individuales. Volveremos sobre las peculiaridades que ofrece esta constitución originaria en el campo del Derecho, más adelante.

Para el resto de los sistemas normativos, que aquí tratamos en forma genérica, debe tenerse presente que esta constitución originaria puede pesquisarse en los grupos primarios 'cara a cara', mejor que en la sociedad en general. En los grupos 'cara a cara' —como el que forman los miembros de una familia, los amigos reunidos para practicar algún juego, etc.—, puede y suele advertirse la aprobación o desaprobación grupal de una conducta con independencia de reglas preestablecidas. Para proyectar el esquema sobre la sociedad en general, hay que tener en cuenta dos cosas: en primer lugar, la existencia de subgrupos, subculturas, etcétera, que se integran en una sola sociedad. Estos subgrupos tienen sus propias normas morales, lingüísticas, de moda, etcétera. Estas normas son habitualmente de tipo consuetudinario, y en ellas puede detectarse la constitución originaria para casos individuales. Pero en segundo lugar, debe tenerse en cuenta la interdependencia de los diversos subsistemas en los que consiste la sociedad. Todos estos factores juegan en la constitución originaria y en la formación subsiguiente de una costumbre. George Sand habrá sido una precursora en Occidente al vestirse con pantalones, pero no fue quien impuso una moda. Para la moda actual de vestir pantalones habría que buscar otros casos de constitución originaria. Pero, a su vez, la moda está vinculada con la mayor libertad de movimiento, el mayor abrigo, los menores costos involucrados, etcétera, todo lo cual pertenece al subsistema de la economía.

16.2.6. La constitución originaria y el sentido de 'permitido'

Cada grupo sociocultural tiene un repertorio de conductas habituales, para las cuales dispone de un sentido genérico en las normas generales que integran cada subsistema normativo. Así, por ejemplo, el uso de corbata en un restaurante abierto al público será facultativo para el Derecho y la moral, pero obligatorio para las reglas de la cortesía y la moda en restaurantes de cierta categoría. Pero, aunque más no sea por los avances tecnológicos, pueden aparecer acciones nuevas —como lo fue en su momento la de transportarse en automóvil en lugar de hacerlo en un coche tirado por caballos—. Estas acciones que por primera vez comete el integrante de cierto grupo sociocultural, nos permiten detectar en estado químico de pureza la constitución originaria de sentidos jurídicos: si el grupo sociocultural no reacciona aplicando al agente las sanciones propias del subsistema normativo en juego, quiere decir que en ese caso concreto la acción tiene el sentido deóntico de 'permitido' (sin distinción entre facultativo y obligatorio). Así, en nuestro ejemplo del automovilista, en una sociedad de tipo competitivo en la que el *status* en la jerarquía social está ligado al consumo ostensible, el propietario del automóvil puede considerar que su acción es facultativa en tanto algunos miembros del grupo pueden entender que ella es obligatoria, por ejemplo —en el subsistema de la moda— atentos su condición económica, juventud, etcétera. Pero todos están de acuerdo en que ella es permitida. Lo mismo diríamos de los primeros que adquirieron un TV color e invitaron a algunos amigos a ver algún programa. En otras palabras: la acción no sancionada, puede, en cambio, ser recompensada. El innovador recibirá manifestaciones de admiración, etcétera, que ponen de manifiesto la preferencia del grupo por tales actos, que tienden así a tener el carácter de obligatorios.

También para el campo de la moral positiva y del Derecho pueden aparecer acciones nuevas por obra del avance tecnológico como, por ejemplo, el uso de anticonceptivos, la inseminación artificial, el trasplante de órganos, etcétera. Y también estas acciones pueden dar lugar a constitución originaria de sentidos por falta de aplicación de las sanciones específicas del subsistema, o aun por recompensa de las mismas en casos originarios y antes de ser reguladas por normas generales.

Pero la constitución originaria de sentidos puede darse también para actos que no son nuevos sino que, de acuerdo con las normas generales aplicables, no tenían el sentido de 'permitido' sino el de 'prohibido'. Recuerdo que en mi juventud la moda exigía que los jugadores de tenis y los árbitros de fútbol usaran pantalones largos. Hoy deben usarlos cortos. Hasta hace poco la cortesía requería entre nosotros decirle "doctor" al

médico y al abogado, pero no así al contador público. Esta regla de cortesía está cambiando actualmente entre nosotros por cuanto ha aparecido el sentido de requerir también para los contadores el trato de "doctor".

Por oposición a la constitución originaria de sentidos para conductas individuales —sobre la que volveremos todavía— podemos hablar de asignación derivada de sentidos cuando —como en la mayoría de los casos— se asigna sentido a las conductas individuales, por aplicación de las normas generales que necesariamente constituyen el sistema. En estos casos la conducta recibe los sentidos de obligatorio, prohibido o facultativo por subsunción en la norma general. Pero no el sentido de 'permitido' amplio (comprensivo de obligatorio y facultativo).

16.2.7. La constitución originaria en los sistemas de autoridad

En los sistemas normativos como la cortesía, la etiqueta y la moral, el grupo sociocultural actúa en forma espontánea en la asignación de sentidos. Los órganos representativos del grupo —caso de existir— obtienen tal carácter por el consenso difuso en el grupo y no son designados de acuerdo a un procedimiento establecido. No constituyen, pues, *autoridades* que puedan emitir normas obligatorias para los miembros del grupo. Pero otros sistemas normativos se caracterizan por la institucionalización de autoridades a las que se reconoce competencia para dictar normas obligatorias. El caso extremo es el del Derecho, aunque la noción puede detectarse también en congregaciones religiosas. En el caso del Derecho, como se pretende que sus normas constituyen un "sistema" como conjunto de consecuencias lógicamente implicadas (y no un sistema o, mejor, subsistema, en el sentido de la teoría de sistemas), no se ve qué lugar podría tener la constitución originaria de sentidos. Podría advertirse, sin embargo, que aun en esta concepción la constitución originaria se da en el ápice mismo que constituye la norma principal de la que todas las otras derivan. Esto se advierte sin dificultad en el caso de un usurpador que se arroga la condición de Primer Constituyente y obtiene acatamiento general. Es este último acatamiento el que le confiere el carácter de primer constituyente. Pero también puede advertírselo en el uso inveterado de una regla última de reconocimiento (Hart) o norma fundamental concreta, ya que es este uso el que confiere al Primer Constituyente su carácter de tal. Pero la constitución originaria de sentidos no se agota en esta presencia obvia en el ápice de la "pirámide jurídica". Aun dentro del aparato estatal se da en los jueces de última instancia que pueden fallar contraviniendo las normas generales que se supone deben aplicar, e incluso en las autoridades de aplicación (policía, etc.) que, se supone, deben ejecutar las sentencias judiciales. El acatamiento general a estas decisiones ilegales las convierte en pequeñas "revoluciones" individuales. Pero la constitución originaria puede también funcionar fuera del aparato estatal por actos de los miembros del grupo sociocultural que obtienen un sentido con independencia —o aun en contra— de las normas generales aplicables y que, al repetirse, pueden dar origen a una costumbre derogatoria. La incompatibilidad de estas normas con las derivadas del Primer Constituyente constituye, una prueba más de que el sistema 'Derecho' compone un sistema —o subsistema— de la moderna teoría de sistemas, pero no un sistema en el sentido de conjunto de consecuencias lógicamente implicadas.

16.3. EL FORMALISMO Y EL REALISMO: PRECISIONES NECESARIAS

En lo que se refiere al Derecho, ególogos y neogólogos hemos sostenido desde tiempo atrás que la vigencia efectiva de las normas determina qué debe entenderse como derecho positivo [2]. En esto coincidimos con las escuelas positivistas que se oponen al *formalismo* y que suelen agruparse bajo la denominación de *realistas*, que están representados por el realismo norteamericano y el de la escuela de Upsala.

Podemos decir, en términos generales, que el realismo norteamericano centra su atención en la tarea judicial, y desestima el papel que, en relación a esta tarea, puedan cumplir las normas generales. En tanto la escuela de Upsala descarta, bajo la acusación de "ideológica", la noción de validez (de las normas); Ross, por su parte, es temático en circunscribir la indagación sobre el Derecho a la forma en que éste se da en el Estado moderno y propone una investigación psicosociológica sobre la vigencia de las normas. Olivecrona concibe el Derecho como el conjunto de normas impuesto por quienes detentan un poder (fuerza) irresistible en la sociedad. En todos ellos puede percibiese que su noción de Derecho se circunscribe al derecho estatal.

Según Cossio, la conducta tiene un sentido jurídico propio, y si las normas emanadas de los órganos estatales no dan cuenta adecuadamente del mismo, pueden ser criticadas por ser "falsas", puesto que él las concibe como conceptos o proposiciones sobre la conducta. Este punto de vista no permite explicar el hecho notorio de que las normas emanadas de los órganos estatales suelen innovar determinando la licitud o la ilicitud de conductas que tenían otro sentido antes de su promulgación. Por esta razón la caracterización de las normas como proposiciones o conceptos fue abandonada por la neoegología.

[2] COSSIO, C., *Teoría...*, cit., págs. 180 y sigs.; VILANOVA, José, *Curso de Filosofía del Derecho*, con la colaboración de J. C. Raffo, edición del autor, Buenos Aires, 1970, págs. 229 y sigs., Cap. VI.

El realismo que sustentamos presenta algunas diferencias con el realismo norteamericano y la escuela de Upsala, las que podrían sintetizarse en las siguientes afirmaciones:

1) No entendemos el "Derecho" como siendo exclusivamente derecho estatal.

2) La vigencia de las normas no se identifica con su eficacia.

3) Como consecuencia de 1) la conducta de los súbditos —y no solamente la de los órganos del Estado— debe ser considerada para establecer la vigencia de las normas.

4) La figura del juez juega un papel sumamente importante en el Derecho, pero no exclusivo.

No pretendemos fundar aquí, ni desarrollar plenamente, el contenido de las diferencias señaladas, pero sí procederemos a ilustrarlas.

La definición estipulativa que identifica Derecho con derecho estatal puede ser satisfactoria para ciertos propósitos, pero presenta serias dificultades en el seno de una teoría general del Derecho. En una consideración *diacrónica* del fenómeno jurídico no permite entender la formación de normas por la vía de la costumbre como, por ejemplo, ocurre en gran medida en el derecho comercial. Además de ello, y lo que es quizá más grave, inhibe la indagación histórica sobre instituciones jurídicas que se remontan a períodos anteriores a la centralización del poder, que es una característica del Estado moderno. En una concepción *sincrónica* deja de lado las relaciones jurídicas que se dan en las comunidades intermedias (familia, congregaciones religiosas, etc.) y otras que exceden el ámbito estatal como, por ejemplo, las federaciones internacionales de asociaciones que gobiernan la práctica de ciertos deportes (FIDE, FIFA, etc.).

La diferencia entre vigencia y eficacia puede ilustrarse mejor con un ejemplo. La eficacia de normas generales que sancionan con penas privativas de la libertad ciertos delitos, estaría dada por una fracción cuyo numerador representase la cantidad de sanciones efectivamente aplicadas y su denominador fuese el número de delitos cometidos a los cuales les corresponde esa pena. Pero si hablamos de la vigencia de la misma norma, tendríamos que agregar al numerador la cantidad de delincuentes prófugos sobre los cuales pesa una orden de captura. Es, precisamente, la vigencia de la norma lo que motiva la huida de los delincuentes que cometieron aquel delito. Por el contrario, si no hay prisión del delincuente, ni una real actividad de persecución del mismo no hay, tampoco, una vigencia real de la norma. Si en la actualidad el lector se dirige a la policía para formalizar la denuncia del robo de un objeto de poco valor —p. ej., la bocina de su bicicleta— realizado por algún desconocido que aprovechó un descuido, se encontrará con que el policía que lo atiende no accederá fácilmente a recibir la denuncia y que, si ante la insistencia, lo hace, la misma será una mera formalidad no desatando actividad de investigación o persecutoria de ninguna especie. Esto indica que las normas del Código Penal relativas al hurto de esta clase de objetos han perdido no sólo su eficacia, sino también su vigencia (salvo, quizá, que el ladrón sea sorprendido *in fraganti*).

El ejemplo precedente muestra también que la figura del juez, siendo sumamente importante, no es exclusivamente decisiva para determinar la vigencia de una norma, porque la aplicación de una sanción dependerá de instancias previas a su intervención y otras posteriores a ella que no se encuentran bajo su control.

Como se verá, la fundación de la positividad en la vigencia, la no restricción del Derecho al derecho estatal, y la concepción de la vigencia como algo que no se identifica con la eficacia, nos ha llevado a preguntarnos renovadamente por el tema de las fuentes del Derecho y, en particular, por el tema de la costumbre. Esta pregunta por la costumbre nos ha llevado, a su vez, a considerar un estrato más primitivo al que hemos denominado "constitución originaria de los sentidos jurídicos". Podría objetarse que esta indagación excede los límites del ámbito del lenguaje normativo, pero aun siendo así, ella constituye una tarea propia de la filosofía del Derecho, a la cual no podemos renunciar si queremos comprender verdaderamente el problema que nos ocupa. En efecto: sin perjuicio de los problemas lógicos que presenta la sistematización a la cual los juristas someten cierto material objeto de su estudio, ellos *previamente* deben identificar ese material, lo cual constituye un problema empírico no susceptible de ser adecuadamente resuelto con procedimientos lógicos. Los criterios de identificación están constituidos por "...reglas de admisión que señalan las distintas fuentes de producción del Derecho —legislación, jurisprudencia, costumbre, etc.—...". Corresponde así a la filosofía del Derecho elucidar esos criterios de identificación que los juristas de hecho utilizan [3].

16.4. POSITIVIDAD Y FUENTES

Para dar cabida cómoda a la indagación sobre la positividad, nos vemos pues precisados a redefinir el concepto de *fuente* (del Derecho). Proponemos la siguiente noción: cursos de conducta tipificados a los cuales los mismos miembros del grupo sociocultural en su conjunto (o por per-

[3] ALCHOURRÓN, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, págs. 111, 119 y 121.

soneros establecidos en última instancia por consenso tácito del grupo) atribuyen la virtud de introducir o sustraer reglas del conjunto (o sistema) normativo.

Por oposición a la concepción iusnaturalista y atentas las insuficiencias de la concepción que identifica "Derecho" con derecho estatal, debemos caracterizar una concepción iuspositivista amplia, que permita superar las insuficiencias apuntadas. Hela aquí: según la concepción iuspositivista, las acciones de los hombres no tienen un sentido jurídico que les pertenezca por derecho propio con independencia de las circunstancias de tiempo y lugar en las que dichas acciones ocurren, sino que, por el contrario, tales sentidos les son asignados a las conductas por los hombres mismos en su trato recíproco [4].

En el campo del Derecho —cuyas normas o consecuencias normativas hacen referencia al uso de la coacción— hemos encontrado la *constitución originaria de los sentidos (jurídicos)* en acciones individuales, para las cuales se pone de manifiesto el *consenso* de los afectados por tales acciones cuando *no las impiden pudiendo hacerlo*. Tales acciones, así consentidas por los afectados, tienen el sentido deóntico de ser *permitidas* (sentido deóntico que engloba aquí, sin distinción, los de *obligatorio y facultativo*) [5]. Esta definición de "permitido" (carácter deóntico) en términos fácticos no constituye una transgresión al "principio de Hume" (no es válido *inferir* juicios valorativos o normativos de premisas fácticas), sino una forma lícita de pasar de un tipo a otro tipo de enunciados [6].

Puede objetarse que esta definición —elaborada teniendo en cuenta grupos primarios "cara a cara"—, resulta inaplicable al Derecho (estatal) donde existe siempre una regla última de reconocimiento (Hart), o una norma fundamental concreta en nuestra terminología, que confiere unidad a todo un sistema de normas. Nuestra respuesta provisional será la siguiente: que tal regla última de reconocimiento —aun suponiendo que exista una sola— constituye, precisamente un caso de constitución originaria de sentidos. Pues la primera constitución histórica ha sido establecida por algún usurpador o grupo revolucionario en una acción individual que resulta permitida por el conjunto de los afectados.

[4] VILANOVA, J., "Constitución originaria de los sentidos jurídicos", (1982), en *Elementos...*, cit., Apéndice IV, pág. 400.

[5] VILANOVA, J., "Constitución...", cit., págs. 406-410.

[6] RABOSSI, Eduardo, *Estudios Éticos*, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela), págs. 66, 96-97; Rabossi atribuye esta solución "definicionista" al "principio de Hume" a W. Frankena. Queda entendido que una solución similar cabe para la denominada "falacia naturalista" por E. Moore.

16.5. EL DERECHO COMO SISTEMA

En este punto [7] prescindiremos de toda consideración relativa a los problemas que plantea el Derecho Natural, limitándonos al derecho positivo. Éste suele ser considerado como un *sistema* de prescripciones (*lato sensu*) que tiene o contiene consecuencias de tipo coactivo. En esta consideración "sistema" se entiende en el sentido de la lógica, vale decir que las consecuencias coactivas previstas en él serían lógicamente inferibles dentro del sistema. Para hacer más comprensible esta noción y dado que es el método utilizado con más frecuencia, digamos que se trata de inferir todas las consecuencias lógicas de un conjunto de enunciados primitivos.

Adelantamos aquí que, en nuestra opinión, existen indudables ventajas en considerar al derecho positivo como un sistema, *pero no en el sentido de "sistema lógico", sino en el sentido propio de la moderna teoría de sistemas*.

De acuerdo al punto de vista de la moderna teoría de sistemas, el Derecho sería un "subsistema" del sistema más amplio llamado "sociedad". Lo característico de un sistema —en esta teoría— consiste en tener "entradas" y "salidas". Dentro de esta idea advertimos que estos sistemas —que podemos denominar Ss— son distintos de los sistemas propios de la lógica —que denominamos Sl— porque estos últimos son cerrados: sólo admiten como consecuencias válidas las que son deductivamente inferibles del conjunto (de enunciados) que se toma como base.

La aplicación de la noción lógica de sistema (Sl) al campo del Derecho se hace sobre el presupuesto de delimitarse un conjunto de enunciados que se toman como base o como conjunto de enunciados de tipo jurídico. El "sistema" (Sl) Derecho queda así aislado sin remedio de otros sistemas normativos (como lo es, p. ej., la moral positiva) y no normativos (como lo sería el de la economía). Este aislamiento de sistemas del tipo (Ss) al convertirlos en sistemas lógicos (Sl), resulta una sobresimplificación de los datos, que impide otorgar el carácter de ciencia constituida hasta a la misma economía, la cual es considerada en el presente como la que mejor ha logrado conformarse en ese carácter dentro de las ciencias sociales [8]. En las consideraciones siguientes la palabra 'sistema' aludirá a los sistemas del tipo (Ss).

En la primera sección trataremos de algunos sistemas normativos positivos distintos del Derecho: en la segunda mostraremos cómo tales sis-

[7] ALCHOURRÓN, C. - BULYGIN, E., *op. cit.*, pág. 89.

[8] BUNGE, M., *Economía...*, cit., págs. 95-105.

temas se encuentra interrelacionados entre sí y con otros subsistemas (no normativos). En la última abordaremos el Derecho.

16.5.1. Sistemas normativos en la sociedad

En la caracterización de sistemas normativos positivos como subsistemas de un sistema totalizador que es la sociedad, tendremos que dar por supuesto que la sociedad como un todo constituye un sistema. No podemos fundar este supuesto aquí, entre otras razones porque requeriría desarrollar prácticamente un tratado de sociología, pero sí podemos dar algunas indicaciones en favor de esta afirmación.

Imaginemos una sociedad constituida por un grupo sociocultural aislado de todo otro grupo humano, y virgen de haber sido objeto de investigación sociológica o antropológica. Este grupo sociocultural mínimo presenta relaciones internas, por ejemplo, de división del trabajo, jerarquías, etcétera, y actúa como un todo respecto de su ambiente, que en este caso es lo que conocemos como "naturaleza" (clima, suelo, vegetación, animales, etc.). El grupo tiene relaciones de entradas y salidas propias, distintas de las de los organismos vivientes que son cada uno de los individuos que lo componen. Por ejemplo: el grupo actúa como un todo organizado en las tareas de pesca, siembra, recolección, etcétera, necesarias para procurarse el sustento; igualmente actúa en la construcción de viviendas, cloacas, etcétera.

Si ya el grupo no se encuentra aislado de otros grupos humanos aparecerán nuevas entradas y salidas en relación a estos otros grupos: guerras, "tratados", imitación, intercambios, etcétera. Con ello nos vamos acercando a la noción más amplia de "sociedad", tal como habitualmente la entendemos, la cual no debe confundirse con la forma de organización política. Recordemos que hay comunidades lingüísticas —o "nacionales"— dentro de un mismo Estado, y otras que trascienden las fronteras de la unidad política. Ingreso y egreso de información pueden darse entre grupos pertenecientes a la misma comunidad lingüística, independientemente de las fronteras estatales. Lo mismo puede decirse de la imitación de técnicas, modas, hábitos, etcétera.

En este trabajo prestaremos atención a algunos subsistemas normativos que integran el sistema "sociedad". Supondremos que la economía y el conocimiento científico no constituyen subsistemas normativos aunque, por supuesto, se encuentran sometidos a fuertes influencias por parte de estos últimos y ejercen influencia en ellos. Las normas de tipo técnico constituyen un subsistema de tipo muy peculiar. En un corte de tipo sincrónico tienen las características de los subsistemas normativos. Pero diacrónicamente su desarrollo se encuentra básicamente sometido al desarrollo del conocimiento científico y a la economía, los que no constituyen subsistemas normativos.

Hechas estas aclaraciones preliminares, entremos en materia.

16.5.2. Subsistemas normativos informales

Entendemos que constituyen subsistemas normativos aquellos que procuran controlar la conducta de los miembros del grupo mediante sanciones o recompensas, impuestas por el grupo mismo o por miembros del grupo que actúan en su representación.

Esta definición incluye el Derecho, pero también la moral, o las reglas de la cortesía, la moda (en el vestir) y la religión concretada en congregaciones organizadas. Excluye, en cambio, la economía, la ciencia y el desarrollo diacrónico de la tecnología.

En un sentido amplio, podemos entender que hay una sanción (castigo) toda vez que se produce la frustración del propósito que persigue el agente y que existe una recompensa (premio), toda vez que el agente obtiene el resultado que se propone. En este sentido amplio también la conducta científica o económica puede ser objeto de sanciones o recompensas, pero éstas no están impuestas —al menos intencionalmente— por los miembros del grupo ni por representantes de ellos. La definición excluye, por las mismas razones, a la religión, ya que el castigo del infierno, o la reencarnación inferior en el budismo, o el premio del cielo o la reencarnación superior, no son aplicadas por miembros del grupo social.

El Derecho y la religión concretada en congregaciones organizadas se caracterizan, *prima facie*, por el carácter formal que inviste el representante del grupo. En el resto de los subsistemas normativos esta "representación" —caso de existir— es decididamente informal. La organización formal de esta representación para infligir sanciones u otorgar premios es decisiva, a tal punto que un sistema que hemos caracterizado como no normativo —como lo es el de la ciencia— puede tomar ciertas características normativas en la medida en que se organizan cuerpos —academias, congresos, organizaciones internacionales, etc.— con poder para aplicar sanciones (en este caso la descalificación) y otorgar premios (como el premio Nobel, p. ej.).

Nuestro interés se centra en esta sección en los subsistemas normativos informales que constituyen la inmensa mayoría: el buen comer, el buen decir, el "Código de Honor", etcétera. Pero no podremos ocuparnos de todos ellos, así que tomaremos uno.

La moda. La moda abarca la vestimenta, pero también el uso del lenguaje cotidiano (y seguramente puede extenderse al uso de estilos literarios y otras expresiones artísticas). Diacrónicamente se la caracteriza ha-

bitualmente por la rapidez del cambio. Sincrónicamente es una de las formas de "distinción" que tienen ciertas clases o grupos para diferenciarse de otros, generalmente ubicados más abajo en la jerarquía social.

Ciñamos nuestra atención a la moda en el vestir y prescindamos de los efectos de la industria del vestido y de los modistos en la determinación de las pautas de la moda.

Así delimitado nuestro tema, es obvio que la moda dispone de una sanción que es el ridículo que el grupo le hace sentir al "sancionado". Pero existe una segunda reacción que recorre la escala de sanción a premio, que consiste en el distanciamiento del grupo hasta la aceptación calurosa, pudiendo llegar hasta la informal aceptación o "designación" como representante del grupo en cuestión. En el caso de los jóvenes, vestir a la moda del grupo de referencia es condición usual para la viabilidad de gratificaciones de mayor importancia, como es el salir (*date*) con jóvenes del otro sexo.

Pero ¿cómo cambia la moda? o ¿cómo se introduce una forma de vestir distinta de la que hasta cierto momento constituía la moda aceptada? Desde luego que es posible y frecuente la imitación de hábitos propios de otros grupos socioculturales como, por ejemplo, el tatuaje, que en ciertas clases norteamericanas fue introducido por los soldados que habían combatido en países del Extremo Oriente. Pero la imitación no hace más que desplazar el problema hacia el grupo imitado. La creación originaria de una moda sólo puede entenderse por la no aplicación de las sanciones del ridículo o el distanciamiento a aquel que, por primera vez, se apartó ostensiblemente de la moda hasta entonces vigente. O, con mayor fuerza aún, por la asignación de los premios establecidos por el subsistema "moda" al que procedió de esa manera. Tanto la mera no aplicación de sanciones, como la asignación de premios, dan al acto innovador el carácter de "permitido" —sin que distingamos aquí entre lo permitido obligatorio y lo permisivo facultativo—. Pero debemos advertir que la asignación de premios lleva en germen la institucionalización. Si algo merece un premio por parte del grupo, la omisión de tal conducta no se hará merecedora al mismo, y ya entramos en la gradiente que lleva del no-premio a la sanción. Vale decir que lo que comenzó como permitido, terminará como obligatorio. El revuelo compensatorio premial que acompañó a la primera bikini o a la primera tanga en cierta playa, terminará por imponer la nueva moda de la bikini, o la tanga, de la cual pocas jóvenes osarán apartarse.

16.5.3. La sanción y el premio como términos relativos

En un grupo sociocultural determinado, la distinción entre premio y sanción —en un corte sincrónico— parece nítida. La sanción es un mal que el grupo inflige a quien se aparta de la conducta aprobada o deseable. La fuerza psicológica que obra, o se supone que obra, para obtener la conformidad de los miembros a la norma, es el temor a sufrir ese mal. El premio, en cambio, aparece como incentivo. La fuerza psicológica supuesta es el deseo de obtener el premio.

Pero una consideración diacrónica en el mismo grupo, o sincrónica que contemple otros grupos socioculturales, muestra que —salvo casos extremos, como lo serían la mutilación, los azotes, etc.— los términos sanción-premio son relativos a cierta situación de abundancia o escasez relativa. Así, una dieta a pan y agua nos parece claramente una sanción y una severa sanción en grupos socioculturales donde habitualmente las necesidades básicas de alimentación se encuentran bien satisfechas y por encima de ese nivel mínimo necesario a la subsistencia. Pero en un grupo sociocultural donde impera la escasez de alimentos al punto de la pobreza absoluta o la muerte por inanición, la dieta de estar "a pan y agua" constituiría sin duda un premio de entidad considerable, como lo pone en evidencia el sentido mismo de la palabra española "paniaguado", que tiene el sentido figurado de "favorecido", el cual se opone al sentido literal que la expresión debería sugerir en nuestros días.

16.6. La positividad del Derecho

16.6.1. La positividad y la constitución de la ciencia jurídica

Este tema esta estrechamente vinculado con la constitución y desarrollo de la ciencia jurídica; por ello tenemos que repasar aquí, ligeramente, lo que ya hemos visto en detalle en el Capítulo 10 sobre la constitución de la ciencia jurídica.

Hasta comienzos del siglo XIX los estudios referentes al derecho positivo estaban, en términos generales, en manos de los prácticos, por ello esos estudios carecieron de jerarquía científica. Mientras tanto, por otro lado, se utilizaba todo el aparato proporcionado por la lógica y la filosofía para realizar estudios con pretensión científica, no del derecho positivo sino del Derecho Natural. El gran desarrollo del Derecho Natural se produce, a partir de la Edad Media, con la escuela tomista, y luego con la denominada Escuela Clásica del Derecho Natural, que abarca los siglos XVII y XVIII. Pero, a pesar de los esfuerzos de las corrientes iusnaturalistas, ellas no logran constituir una auténtica ciencia jurídica.

La ciencia jurídica moderna nace, como ya hemos visto, a comienzos del siglo XIX simultáneamente en Francia y en Alemania. En Francia se sanciona en 1804 el Código Napoleón con la pretensión de que éste encarne y exprese los principios del Derecho Natural, pero sucede que, aparecido el Código, nace la ciencia jurídica como su comentario o estudio. De este modo se dejan completamente de lado las especulaciones sobre el Derecho Natural para estudiar concretamente el derecho positivo expresado en el Código. Fue la vieja escuela de la exégesis la que dio este paso importante, echando con sus estudios las bases de la mayoría de las codificaciones y comentarios sobre los diversos códigos que fueron apareciendo con el tiempo.

En Alemania ocurre un proceso diferente pero que, a los efectos de la constitución de la ciencia jurídica, llega al mismo resultado. Allí nació la escuela histórica del Derecho con Hugo, y alcanzó su máximo esplendor con Savigny. Éste sostuvo que el Derecho vive espontáneamente en la vida de los pueblos; por esta razón hay que dejar de lado los principios abstractos y académicos del Derecho Natural para ocuparse concretamente del Derecho que se forma y transforma en la vida de los pueblos.

De este modo, por obra de Savigny y su repulsa a las especulaciones del Derecho Natural en Alemania, y por el olvido del Derecho Natural en Francia en virtud de la sanción del Código Napoleón, se constituye sobre una base firme la ciencia jurídica: ella se va a ocupar solamente del derecho positivo.

La escuela histórica en Alemania y la escuela de la exégesis en Francia constituyen la ciencia jurídica, imprimiéndole a la dirección de sus investigaciones un neto sentido iuspositivista. Este sentido iuspositivista implica hacer equivalentes Derecho y derecho positivo. Al identificar Derecho con derecho positivo se dejan de lado las grandes especulaciones metafísicas y valorativas para ocuparse, exclusivamente, de ese material concreto e histórico que es el Derecho tal cual se da en la vida de los pueblos, es decir: el derecho positivo. Esta preocupación iuspositivista se dio en ambas escuelas, y en ambas sirvió de punto de partida para la constitución de la ciencia jurídica. Desde entonces el principio iuspositivista, por oposición al iusnaturalismo, preside todo el desarrollo de la ciencia del Derecho.

Si tuviésemos que mostrar muy sintéticamente qué es lo que está en la base de la constitución de la ciencia jurídica, mostraríamos esta igualdad:

Derecho = derecho positivo

Y éste será el punto de partida que tomaremos para tratar de entender el tema de la positividad. Partimos, entonces, del hecho de que la ciencia jurídica se ocupa, concreta y específicamente, del derecho positivo.

16.6.2. Esencia y existencia del Derecho

El tema de la positividad nos conecta con una distinción clásica en materia filosófica: la distinción entre esencia y existencia. Repasemos ligeramente esa distinción, puesto que tenemos que aplicarla en la caracterización de la positividad.

Según la distinción clásica la esencia está constituida por todos los atributos que convienen a un objeto determinado. Husserl designa esencia a "lo que se encuentra en el ser autárquico de un individuo, constituyendo *lo que él es*". En otros términos, podemos decir que esencia de un objeto es aquello que lo hace ser lo que es, y sin lo cual no sería lo que es sino otra cosa.

La existencia es algo muy distinto a la esencia: es la efectiva realidad del objeto. Decimos que algo existe cuando podemos encontrarnos en la realidad con ese algo. La existencia de un objeto implica su determinación temporal, o sea que los objetos que existen están en el tiempo, duran, por contraposición con los que no existen que no tienen determinación temporal.

Veamos cómo juegan respecto de un mismo objeto, la esencia y la existencia: si queremos definir a Dios lo hacemos enumerando sus caracteres esenciales, y decirnos que es omnipotente, omnipresente, omnisciente, infinitamente bueno, etcétera; con ello apuntamos a la esencia de Dios, pero todavía no sabemos si Dios existe o no. El hecho de definir un objeto, de mostrar cuál es su esencia, no nos dice nada acerca de si tiene o no existencia. Para decidir sobre la existencia de algo necesitamos algo más. No basta con los predicados esenciales.

Tomemos un ejemplo que considero adecuado: si hablamos del elefante, el mamut y el unicornio, podemos describir cuáles son sus características. Podríamos hablar de la "esencia" del mamut, del unicornio y del elefante sin mayores dificultades visibles[9]. Pero de estos tres conceptos, que aparentemente podrían pertenecer a la ciencia de la zoología por igual, sólo uno preocupa a los zoólogos, sólo el elefante pertenece a la zoología. Y esto es así puesto que el mamut ya no existe, y la zoología es una ciencia que se ocupa de objetos que existen. Si bien el mamut puede interesar por la circunstancia de que existió, es un interés derivado de la directa preocupación por los animales que tienen existencia. Con mayor razón queda de lado el unicornio, el cual ni existe ni existió. Vemos en-

[9] Ponemos estos ejemplos con fines didácticos, puesto que si analizamos detenidamente el tema, podría cuestionarme la "esencia" de objetos empíricos (tipos empíricos) tales como el elefante.

tonces la inmensa diferencia que hay entre el mamut, el unicornio y el elefante en lo que hace a la existencia.

Del mismo modo, la ciencia jurídica se ocupa solamente de fenómenos jurídicos *que existen*. Y si bien podemos hablar de la *reivindicatio* romana, del régimen jurídico de la Universidad del Polo Sur y de la hipoteca en la Argentina, tenemos que la *revindicatio* romana ya no existe y la Universidad del Polo Sur ni existe ni existió; por esta razón la ciencia del Derecho no se va a ocupar de ellas como se ocupa de la hipoteca en el régimen jurídico argentino. Esta última sí tiene existencia, por lo cual sí va a ser objeto de la ciencia del Derecho.

¿Y cuál es el Derecho que existe? Pues, el derecho positivo. Sólo el derecho positivo tiene existencia en la vida de los pueblos, sólo él tiene una determinación espacio-temporal que lo distingue claramente del Derecho Natural y de toda otra clase de especulaciones metafísicas. Es por esto que el tema de la positividad alude, nada más y nada menos, que a la existencia del Derecho. Se advierte ahora claramente por qué se constituyó la ciencia jurídica con el iuspositivismo: porque a partir de ese momento empezó a ocuparse exclusivamente de un objeto real y existente y dejó de lado la especulación metafísica que, en este caso, venía divorciada de la realidad.

Cuando decimos que "Derecho" es igual a "derecho positivo", o que la ciencia jurídica se ocupa del derecho positivo, estamos señalando que la ciencia del Derecho se va ocupar de alguna realidad, o sea que se ocupará del derecho positivo y no de un Derecho puramente fantasmal o imaginario.

16.6.3. Casos críticos: derecho positivo vs. Derecho Natural. Ley vs. proyecto de ley. Derecho histórico (derogado)

Sobre esta base miremos de cerca algunos casos críticos en los que se pone de relieve la característica de la positividad como existencia efectiva del Derecho. Tomemos primero el derecho positivo frente al Derecho Natural. El Derecho Natural o bien coincide con el derecho positivo, y por ello está comprendido en aquél acompañándolo o, por el contrario, va a constituir un "ordenamiento" con sus propias bases totalmente independiente del derecho positivo. En el último caso se nos plantea el interrogante sobre qué es lo que sucede en caso de colisión entre el derecho positivo y el Derecho Natural. Naturalmente que el jurista, que tiene una vocación por los objetos reales en cuanto pretende hacer ciencia, va a dejar de lado el Derecho Natural para quedarse con el derecho positivo. Sería contrario al iuspositivismo, sobre el cual se constituyó la ciencia jurídica, adoptar la posición contraria.

Veamos un ejemplo: hay una regla de Derecho Natural que dice que debemos cumplir con nuestras obligaciones, o sea, pagar nuestras deudas. Pero supongamos que un acreedor deja transcurrir el plazo de prescripción sin reclamar la deuda. Como hay una norma de derecho positivo que permite al deudor oponer la prescripción cuando el acreedor ha permanecido inactivo durante cierto tiempo, resulta que, mal que le pese al Derecho Natural, en virtud de esta norma de derecho positivo el deudor no podrá ser obligado a pagar su deuda. Y el jurista, el científico del Derecho, ya sea juez, doctrinario o abogado, frente a la norma positiva va a declarar que el deudor ya no está obligado a pagar su deuda, aunque esto, desde el punto de vista del iusnaturalismo, pueda parecer una enormidad. Esto es así porque la norma de derecho positivo sobre la prescripción efectivamente existe: es Derecho real y vigente hoy en la Argentina, mientras que la regla de Derecho Natural no lo es.

Esta misma distinción, entre Derecho existente (positivo) y "Derecho" que no tiene existencia real, puede verse entre una ley y un proyecto de ley. Si bien el proyecto de ley tiene la forma de una ley, y sus palabras expresan lo mismo, mientras no sea sancionado o recibido como derecho positivo por la comunidad, no va a tener existencia como Derecho. La ley vigente es derecho positivo, un proyecto de ley no. Mientras aquélla tiene existencia como Derecho, éste es "Derecho que todavía no tiene existencia", o sea, más sencillamente, *no es Derecho*.

Lo mismo sucede con las leyes o normas que fueron derogadas frente a las que aún continúan vigentes. Mientras que aquéllas sólo pueden importar como derecho histórico o como antecedentes del Derecho actual, estas últimas importan como efectivo Derecho. Si bien las normas derogadas alguna vez existieron como Derecho, hoy ya no. Por esta sola razón dejaron de ser derecho positivo. Y, siendo así, el científico del Derecho se ocupará de ellas en forma auxiliar, en tanto y en cuanto le sirvan para comprender el Derecho vigente, y si no le sirven ni siquiera para eso, las dejará completamente de lado.

16.6.4. Aporía del pensamiento dominante

La teoría tradicional afronta este tema de la positividad con un bagaje de respuestas que son incompatibles entre sí. Ella descansa sobre presupuestos que entrañan entre ellos una suerte de contradicción tal, que tira por tierra toda pretensión de alcanzar una respuesta satisfactoria. Como "aporía" es un "callejón sin salida"; hemos titulado este punto "aporía del pensamiento dominante" para hacer referencia, ya desde el título mismo, a la situación en que se encuentra la teoría tradicional en este tema. Vamos a examinar ahora con cierta detención cuáles son los

supuestos de la teoría dominante, para mostrar cuál es la incompatibilidad que hay entre ellos.

El primer supuesto consiste, en hacer una tajante distinción entre norma y hecho (Norma ≠ Hecho). La norma pertenece al campo del deber ser y/o al campo del logos. En cuanto concepto (o también como prescripción, sentido de un enunciado) la norma es un objeto ideal que no puede verse afectado por los hechos. En cambio el hecho es real, tiene existencia, pertenece al ámbito del ser, etcétera. Hecha esta distinción se aíslan totalmente las normas de los hechos: el campo de la normatividad (de las normas) nada tendría que ver con el campo de la efectividad (de los hechos). No hay así, para la teoría dominante, vinculación alguna entre norma y hecho.

Este supuesto mental, que en la medida en que hacemos filosofía del Derecho debemos esclarecer, aparece nítidamente expuesto en algunos autores que dicen, por ejemplo: "el hecho de que una norma no se cumpla, no la afecta en absoluto, porque la normatividad no queda afectada por los hechos"; o también "el hecho de que se dicte una sentencia en contra de la ley no afecta en nada a la ley, puesto que la sentencia es un hecho que, como tal, no puede afectar a la normatividad". Este presupuesto puede aparecer también en forma velada como, por ejemplo, cuando se afirma que la costumbre no puede modificar o derogar una ley si no está expresamente autorizada, por otra ley, a hacerlo. Aquí está implícito el presupuesto mencionado, porque se desconoce a la costumbre (un hecho social) la posibilidad de surtir efecto sobre las leyes (normas). La misma separación aparece en Kelsen cuando, llevado de su afán por distinguir la ciencia del Derecho (normativa) de la sociología (jurídica), ciencia causal, nos dice que ella descansa en esas dos categorías últimas o irreductibles: ser y deber ser.

Simbolizamos este presupuesto con el signo de la desigualdad entre "norma" y "hecho".

Norma ≠ Hecho

El segundo presupuesto sobre el cual descansa la teoría dominante, e incluso Kelsen, es la identificación entre Derecho y norma. El Derecho sería, para esa posición, un sistema de normas. Así, para Soler el derecho penal es el conjunto de normas penales; para Díaz de Guijarro el derecho de familia es "el conjunto de normas que dentro del Código Civil y leyes complementarias regula el estado de familia..."; para Hugo Alsina, "el derecho procesal es el conjunto de normas que regula la actividad jurisdiccional del Estado...", etcétera. Todas estas definiciones tienen en común que ven el Derecho como sistema de normas, o sea que descansan en el supuesto que identifica Derecho y norma. Expresamos este presupuesto de la siguiente manera:

Derecho = Norma

El tercer supuesto que debemos destacar es el que identifica derecho con derecho positivo. Esta identificación a partir de la cual se constituyó la ciencia jurídica, la hemos examinado en el punto 16.6.1. más arriba, por lo cual a él nos remitimos. Expresamos sintéticamente este supuesto así:

Derecho = Derecho positivo

Pero resulta que las palabras "positivo" o "positividad" aluden a un hecho. Ellas hacen referencia a la circunstancia fáctica de que hay un Derecho determinado que se da en tal o cual sociedad, y nosotros sabemos que derecho positivo es aquel que efectivamente existe en una comunidad. Pero al advertir que las palabras "positivo" o "positividad" aluden a una circunstancia fáctica, a un puro hecho, caemos en la cuenta de que, entre los tres supuestos mencionados, hay una contradicción.

No puede ser que sostengamos simultáneamente que las normas son totalmente distintas e indiferentes a los hechos (primer supuesto); que el Derecho se identifica con el conjunto de normas (segundo supuesto); y que el Derecho se identifique con el derecho positivo que es, a la postre, un hecho (tercer supuesto). Los tres supuestos son incompatibles, por lo cual debemos revisarlos cuidadosamente para descubrir el error que anida en ellos y poder salir de la aporía a la que nos conduce el pensamiento dominante.

16.6.5. La solución aparente de la doctrina tradicional. La "positividad" como el carácter de ser "puestas" que tienen las normas. Objeciones

¿Qué responde la doctrina dominante cuando se le pregunta en qué consiste la positividad? Ella sale del paso con una solución verbal, o sea con una seudosolución. Como la palabra "positividad" alude a *positum*, que quiere decir "puesto", se sostiene que serán normas positivas aquellas que sean "puestas" por el legislador. Así como puedo *poner* este libro sobre la mesa, o como una gallina *pone* un huevo, de la misma manera el legislador "pone" las normas, y estas normas "puestas" por el legislador serían las normas "positivas".

El mismo Kelsen dice que "las normas de un orden jurídico deben necesariamente ser puestas por un acto de creación particular. Éstas son normas puestas, es decir positivas, ellas son los elementos de un orden

positivo" [10]. De esta manera las normas jurídicas dejan de ser meras menciones lógicas o puros juicios de deber ser, para ser menciones lógicas "puestas". ¿Qué quiere significarse con este añadido —el hecho de ser "puestas"— que se les hace a los enunciados deónticos o de deber ser para caracterizarlos como normas jurídicas? En rigor de verdad la respuesta no es clara, y es con esta oscuridad que la doctrina tradicional intenta salir del paso frente al problema que plantea el tema de la positividad.

Nosotros encontramos que esa respuesta que da la doctrina dominante es incorrecta, y para fundamentar esta afirmación mostraremos ligeramente cuáles son las deficiencias que presenta. En primer lugar comprende sólo al Derecho legislado, porque solamente de él cabe decir con algún sentido que ha sido "puesto" por el legislador. El derecho consuetudinario en el que rige *the law of the land* o sea, "la ley de la tierra", no ha sido "puesto" por nadie en particular, no hay ningún órgano que haya "puesto" sus normas, por lo cual queda fuera de la caracterización del derecho positivo que hace la doctrina criticada aunque, obviamente, es tan positivo como el Derecho legislado.

En segundo lugar, y esta objeción es mucho más grave que la anterior, con decirnos que las normas positivas son aquellas que son "puestas" no se nos dice absolutamente nada si no se nos aclara quién está autorizado a "poner" normas. Porque, naturalmente, no cualquiera formula el derecho positivo, o, en la terminología criticada, no cualquiera puede "poner" normas. Cuando se nos dice que las normas positivas son aquellas que son "puestas" nace de inmediato este interrogante: "puestas" ¿por quién? Y su respuesta nos va a mostrar con claridad el verbalismo de esta pretendida solución; solamente el órgano de la comunidad autorizado a dictar las leyes puede "poner" las normas, y por ello resulta imprescindible definirlo o caracterizarlo para saber cuáles son las normas "puestas" o "positivas". Pero sucede que la definición del órgano autorizado para dictar normas (o "ponerlas") nos remite nuevamente al tema de la norma y de la positividad, porque órgano *es aquel al cual una norma positiva lo autoriza a dictar normas* de grado inferior. Nótese la remisión a la que conduce la respuesta criticada: para poder saber cuáles son las normas puestas, necesitamos saber quién está autorizado a ponerlas, y sólo está autorizado a ponerlas el órgano facultado por una *norma positiva*, de grado superior; ahora, para determinar quién puede dictar (o "poner") esta norma de grado superior, nos vemos nuevamente remitidos al órgano que la dictó; éste, a su vez, nos volverá a remitir a una norma positiva superior que lo autoriza. Si de este modo vamos remontando la pirámide jurídica remitidos cada vez a normas de jerarquía más elevada, vamos a llegar a la primera norma, a la primera constitución y a la norma fundamental. Y nos encontramos entonces con la sorpresa de que, en la doctrina examinada, la positividad del ordenamiento depende de una norma que no ha sido "puesta" por nadie, y que sólo es una hipótesis gnoseológica. Pero si a esta altura preguntamos quién está autorizado para "poner" normas, quién es el legislador originario, resulta autorizado precisamente aquel que ha emitido normas eficaces, vigentes *de hecho*, o sea que forman un ordenamiento eficaz en su conjunto. Esta eficacia exigida es una efectiva vigencia, un hecho.

[10] KELSEN, Hans, *Théorie Pure du Droit*, Dalloz, Paris, 1962, pág. 262.

Lo que sucede es que la vinculación del Derecho, y de las normas, con los hechos, de la cual debe dar cuenta una buena doctrina de la positividad, se pretende escamotear en la doctrina dominante con el verbalismo, que se limita a decir que la positividad es la característica de ser "puestas" por un órgano autorizado que tienen las normas. Se escamotea la relación entre norma y hecho, enviando el problema a una norma de mayor jerarquía, que es la que autoriza al órgano en cuestión. Pero remontando la pirámide jurídica, nos encontramos con que, al final, reaparecen los hechos que se pretendía dejar de lado. No será un ordenamiento jurídico positivo cualquiera que haya sido "puesto" sino aquel que, además de haber sido puesto, sea eficaz en su generalidad, o, lo que es lo mismo, esté dando sentido jurídico a la conducta de una comunidad determinada. Esta eficacia del conjunto, este dar efectivo sentido a la conducta, consiste en una circunstancia fáctica, un estado de los hechos.

La tercera, y última, objeción que hacemos a la doctrina de la positividad consiste en que ella no permite comprender el fenómeno de la derogación de las leyes por el desuso. Las leyes en desuso son aquellas que han sido "puestas" pero que fueron derogadas no por un órgano autorizado a hacerlo, sino por la costumbre de no usarlas. Se advierte así que la mera circunstancia de haber sido "puesta" no garantiza la positividad de una norma, no es condición suficiente para que ella tenga vigencia. La norma que ha caído por *desuetudo* fue puesta como cualquier otra pero, sin embargo, algo le falta para ser norma positiva, puesto que ha perdido toda vigencia. ¿Qué es lo que le falta para ser una norma positiva? ¿Qué es lo que ha perdido, perdiendo, por ello, su positividad? Esto vamos a tratar de responderlo examinando la solución egológica al problema de la positividad.

16.6.6. Solución egológica

Expondremos sintéticamente la solución egológica explicando las tres proposiciones que encabezan cada uno de los puntos de este título.

i) La vocación por el derecho positivo es la obvia exigencia de que la ciencia del Derecho se ocupe de realidades

Ustedes recordarán que hemos caracterizado al Derecho como dado en la conducta, en la convivencia de los hombres. A partir de estos fundamentos ya explicados, se comprende que la ciencia jurídica es una ciencia de objetos reales que están en la experiencia, por esta razón sólo logra constituirse como ciencia cuando deja de lado las especulaciones abstractas y se vuelve hacia el derecho positivo. Este volverse hacia el derecho positivo es un volverse hacia la realidad, hacia su objeto propio, objeto real que se da en la experiencia. Por ello decimos que la vocación por el derecho positivo de la ciencia jurídica es la exigencia de que la ciencia del Derecho se ocupe de realidades.

ii) La existencia-vigencia-positividad del Derecho es algo que le pertenece al objeto real que es la conducta

Siendo la conducta un objeto real, que se da en la experiencia, exhibe por sí la nota de "positividad". *La positividad y la existencia del Derecho es exactamente lo mismo.* Las palabras "existencia", "vigencia" y "positividad" aluden a lo mismo desde distintos enfoques. Así, "existencia" es la nota de todos los objetos que tienen determinación temporal (que están en el tiempo). Con la palabra "vigencia", y en particular con el participio activo "vigente" se alude al presente, es decir, a la determinación temporal (existencia) en el "aquí y ahora" de una comunidad determinada; se hace así referencia al presente en el que la conducta en interferencia intersubjetiva está dada. Y, con la palabra "positivo" o "positividad" aludimos a la presencia en algún tiempo. Se menciona una presencia que, o ha estado (en el pasado) o está (en el presente). Por ello se dice, por ejemplo, que el Código Civil de Vélez Sarsfield contiene normas positivas y vigentes, en cambio las *Novelas* de Justiniano fueron normas positivas (estuvieron alguna vez en el tiempo), pero no son vigentes (no están en el presente).

iii) La "positividad" de las normas implica un sentido traslaticio de esa palabra. Se aplica a aquellas normas que representan correctamente el deber real de la conducta en una comunidad

Hemos visto que la positividad es la existencia del Derecho, es una nota que exhibe la conducta, pero resulta que al hablar de "positividad" lo hacemos en referencia a las normas, por lo cual decíamos que tal o cual norma es o no "positiva". Esto es así porque al usar la palabra "positividad" lo hacemos en un sentido traslaticio: trasladamos una nota de conducta a las normas que la mencionan. De este modo llamamos positivas o vigentes a aquellos enunciados deónticos o de deber ser, o a aquellas prescripciones que representan correctamente el deber ser real y vigente en la conducta de una comunidad determinada. Frente a un dato real de conducta van a ser positivas aquellas normas que representen el deber ser que está verdaderamente vigente en la comunidad, y serán normas no-positivas las normas que fueron derogadas, o las normas del Derecho Natural, o un proyecto de ley no sancionado, o una ley que ha caído en desuso, etcétera.

A modo de síntesis tenemos que hacemos cargo del interrogante planteado al final del punto anterior: ¿qué es lo que ha perdido una norma que, no obstante haber sido "puesta" como las demás, ha dejado de ser positiva porque fue derogada por el no uso? Si hemos comprendido que la positividad es una nota del deber ser de la conducta en cierta comunidad, y que, por un uso traslaticio de esa palabra, hablamos de normas positivas aludiendo a las normas que efectivamente programan ese deber ser existencial de la conducta, tenemos ya la respuesta. La norma que ha sido dejada de lado por el no uso, no expresa ya el deber ser de la conducta en la comunidad, por ello no es ya positiva. El ser o no positivas le adviene a las normas no por algo intrínseco a ellas, sino por su adecuación con el deber ser real de la conducta; en cuanto este deber ser de la conducta cambia, deja carentes de toda "positividad" a aquellas normas que lo expresaban.

CAPÍTULO 17

LAS FUENTES DEL DERECHO

CAPÍTULO 17

LAS FUENTES DEL DERECHO

17.1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior brindamos los fundamentos de la tesis original que hemos desarrollado sobre el tema de las fuentes del Derecho. A una noción semejante, concebida como aquellos hechos que denotan la aceptación comunitaria de sentidos jurídicos, llegó el pensamiento egológico como veremos en este capítulo. Examinaremos ahora el tema específico de las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Savigny y el curso ulterior de la doctrina para mostrarlo.

El problema general que tenemos que abordar es el de la existencia y manifestación de normas generales que sirven de fundamento a los fallos (o, en general, para decidir los casos individuales).

Ese tema de las fuentes está ampliamente debatido y puede decirse que sobre él no hay aún acuerdo definitivo. Por esta circunstancia tenemos que ver de qué manera la filosofía del Derecho nos ayuda a resolverlo.

Al hablarse de "fuentes" del Derecho se parte, desde el mismo comienzo, de una expresión equívoca: "fuente" es a la vez origen, causa o nacimiento, y también manifestación o exteriorización de algo preexistente. De este modo se definieron las fuentes del Derecho como aquellas que daban origen o nacimiento al Derecho, como las formas de manifestación o exteriorización del mismo.

Nosotros adelantamos que la correcta investigación del tema debe hacerse presentando un acto mediante el cual se trata de determinar el sentido jurídico de la conducta, por ejemplo una sentencia judicial, un dictamen del fiscal, un escrito de los litigantes, etcétera, y destacar en él qué es lo que, en última instancia, se invoca como derecho aplicable. En otros términos, el tema de las "fuentes" del Derecho es el de la determinación de normas generales (cómo determinarlas, cómo fundamentar esa determinación, a dónde nos dirigimos para encontrarlas), para fundamentar en

ellas los fallos o, en general, para asignarles sentido jurídico a los casos individuales [1].

Analizaremos la concepción de la doctrina clásica sobre este tema partiendo del pensamiento de Savigny, puesto que fue con este autor con quien primero recibe un tratamiento sistemático.

17.2. La tesis de Savigny

Savigny fue el primero en calar hondo en este tema y, aunque su tesis ya no resulte satisfactoria, debemos examinarla a fin de comprender la evolución sufrida por la doctrina.

Él denominó "fuentes jurídicas" las causas de nacimiento del derecho general, o sea tanto de las *instituciones* jurídicas como de las *reglas jurídicas,* e hizo, a la vez, una doble distinción entre derecho general y derecho particular, por un lado, y Derecho como realidad y Derecho como norma por el otro. Combinando ambas distinciones, tenemos el siguiente cuadro:

	Derecho como realidad	*Derecho como norma*
Derecho general	Institución jurídica	Regla (norma general)
Derecho particular	Relación jurídica	Sentencia (norma individual)

El Derecho, que está en la historia, en la vida de los pueblos, puede aparecer vagamente incorporado como realidad en una institución o puede estar formulando con claridad en una norma. Con respecto al derecho particular, tenemos que puede aparecer como relación jurídica entre distintas partes (la cual constituye el Derecho como realidad con la cual se

[1] Por la naturaleza misma de este libro, dedicado sobre todo a los estudiantes, conservamos la exposición a grandes rasgos de los principales desarrollos doctrinarios sobre el tema de las fuentes. Pero esta exposición ha devenido para nosotros en buena medida convencional ya que en 1990 Vilanova ha publicado un ensayo intitulado "El concepto de fuentes jurídicas" (*E.D.*, 137-971) en el que esboza una teoría aceptable sobre el tema desarrollando la noción de fuentes adelantada ya en 1988 en este libro, tal como puede encontrársela en el punto 16.1. *supra*: "cursos tipificados de conducta a los que se reconoce (por parte de los miembros mismos del grupo) la virtud de introducir o sustraer reglas jurídicas del conjunto o 'sistema de normas' " (ver también ptos. 7.7., 11.9.5., 16.1., 16.4. y 17.5.7.).

Aquí debemos subrayar que en el trabajo mencionado se abandona la exigencia que vincula las fuentes a las normas generales y se admiten fuentes de normas individuales, fuentes entre las que destacan las sentencias judiciales. Finalmente una aclaración terminológica: la expresión tradicional "fuentes del Derecho" parece prejuzgar que el Derecho son normas y resulta inaceptable para los realistas: Vilanova ha salido del paso hablando de "fuentes jurídicas".

encuentra el juez o el jurista), o bien como una sentencia judicial que, como norma individual, resuelve el conflicto planteado.

Ahora resulta que, siendo el tema de las fuentes el del nacimiento del derecho general, y dado que el derecho general "vive en la conciencia común del pueblo" —está dado concomitantemente con la vida de los pueblos o comunidades—, el problema de las fuentes aparece como insoluble. Ante cada situación jurídica vamos a tener que *siempre* va a haber un derecho general preexistente y que la comprende. Como el Derecho vive en una forma oscura y subterránea en lo que Savigny denominó "el espíritu del pueblo", siempre va a preexistir a su formulación escrita o a cualquier situación jurídica particular. Lo único que puede decirse es que los magistrados extraen el Derecho del espíritu del pueblo en un momento determinado a fin de solucionar o reglar expresamente un conflicto o una situación particular. Pero ese Derecho preexistente no puede verse como emanado de una fuente determinada, ya que es tan antiguo como la comunidad misma.

Que el Derecho preexiste a su formulación escrita se puede ver con toda nitidez en el Derecho Romano que fue el derecho pretoriano, es decir, la obra de los pretores, quienes, interpretando el "espíritu del pueblo", solucionaban los casos que se les sometían. Luego Justiniano realizó la codificación de todo ese Derecho, pero esta codificación no hizo sino sistematizar de alguna manera la tarea que ya habían realizado los pretores. Todavía se encontraba, por cierto, la ley. Pero las *mores maiorum*, la costumbre, precedió a la fuente legal, que recién se afirmó con la Ley de las XII Tablas.

La tesis de Savigny es profunda: en virtud de ella queda superada la pretensión de ver en la ley la única fuente del Derecho. Además, en aplicaciones concretas ha demostrado cierta fecundidad. Tomemos el caso de la costumbre: se pretende que la costumbre o norma consuetudinaria es la regla que emerge de la repetición de los actos de conducta, pero —dice Savigny— esto es confundir las causas con el efecto, la situación real es la inversa: se repiten algunos actos de conducta porque hay una norma general o un sentimiento de obligatoriedad que vive en el espíritu del pueblo y que impone esa repetición. Si bien es cierto que el sustrato de la costumbre radica en la repetición de actos de conducta, esa repetición es un "sustrato" porque hay un sentido que viene plasmado con ella.

Pero, no obstante su profundidad, las ideas de Savigny merecen alguna crítica. Por lo pronto, ese "espíritu del pueblo" en el cual se asienta su concepción, es algo vago y confuso, no está bien determinado en qué consiste. Además, que las fuentes del Derecho sean la manifestación del derecho subterráneo que preexiste en el "espíritu del pueblo", es algo acep-

table en referencia a la costumbre y la jurisprudencia, pero ya con respecto a la ley, esa respuesta no es tan satisfactoria. Si bien algo de lo que él quiere decir es cierto, en el sentido de que un legislador no puede sancionar una ley en una forma totalmente arbitraria, puesto que si ésta choca en forma abierta y desembozada con el sentimiento colectivo no alcanzará nunca a tener vigencia, se le escapa totalmente el importante papel que juega la ley con su efectiva posibilidad de modificar el Derecho dentro de los límites razonables. Y esta modificación, en ciertos ámbitos, puede ser total. Así vemos que en una comunidad donde se conducen los vehículos por la izquierda, de un día para otro, y por virtud de una norma legislada, se empieza a conducir por la derecha; o cómo, en materia de impuestos, el papel de la ley es innegable. No hay duda alguna de que cuando se desea modificar el Derecho con cierta rapidez, se debe acudir necesariamente a las leyes. Más aún, hay ciertos ámbitos del Derecho en los cuales no se puede prescindir de la legislación.

No obstante la crítica expuesta, debemos destacar el aporte de Savigny al enseñar que hay otras fuentes además de la ley, y que tienen iguales títulos que ella. Así como su importante observación de que no podemos quedarnos solamente con el Derecho como regla o norma, sino que debemos advertir que, como el Derecho es una realidad de conducta, va a haber también un problema de realidad en el tema de las fuentes. En los errores de Savigny pesan la oscuridad de "el espíritu del pueblo" y, lo que es más grave, su equivocación respecto del papel de la ley.

17.3. DESVÍO POSTERIOR DE LA DOCTRINA

La doctrina posterior a Savigny, haciéndose eco de las deficiencias señaladas, entró en una disputa sobre el tema que oscureció o dejó de lado los valiosos aportes del insigne profesor alemán.

Aparte de ello se advirtió que entre las distintas fuentes del Derecho hay algunas con mayor jerarquía que otras. Así se destacó que la doctrina y la jurisprudencia están sometidas a subordinadas a la ley, e incluso hoy el papel de la doctrina como fuente del Derecho puede ser cuestionado. Cabe advertir también que, si bien la costumbre conserva teóricamente el papel de fuente del Derecho con iguales títulos que la ley, en la práctica va quedando relegada a un segundo plano, en virtud del inmenso avance de la legislación en todos los órdenes. En el ámbito del derecho internacional público todavía conserva un papel importante, pero en las distintas ramas del Derecho, a medida que se legisla cada vez más, el ámbito de aplicación de la costumbre se va reduciendo. Finalmente nos encontramos con casos en los cuales la ley pretende despojar a la costumbre de su carácter de fuente de Derecho, como es el caso del artículo 17 de nuestro

Código Civil, el cual era extremadamente legalista antes de la reciente reforma al decir que "las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos".

Parte de la doctrina, siguiendo la vía racionalista del iuspositivismo, terminó por negar el tema mismo de las fuentes del Derecho. Uno de los más destacados expositores de esta concepción fue Kelsen. Él dice: desde el momento en que toda norma debe ser creada de acuerdo con el procedimiento y el contenido previsto por una norma superior, resulta que es esa norma superior la que funciona como fundamento de validez o "fuente" de la norma inferior. Este razonamiento, aparentemente correcto, es falaz porque escamotea el verdadero problema detrás de una falsa solución. Pues, por otro lado, el mismo Kelsen reconoce que hay dos formas o modos de producción de normas generales: la legislación y la costumbre, y con ello el problema que intentó sacar por la puerta se le ha reintroducido por la ventana, porque, obviamente, las normas creadas por la costumbre no se fundan o no provienen —por definición— de una norma legal superior.

Realmente el problema no consiste en determinar si una norma se funda o no en otra superior, sino en cómo aparece esa norma superior. A su vez, si se nos dijera que aparece porque ha sido dictada por un órgano autorizado estaríamos ante una ley, y si aparece sin haber sido dictada estaríamos frente a la costumbre. Pero en ambos casos falta lo más importante, que consiste en mostrar qué es lo que tienen en común para ser ambas fuentes del Derecho y qué es lo que tienen de distinto para no confundirse.

Téngase presente que desde el momento en que se define a las fuentes como "causa" u "origen", el tema pierde precisión y se amplía de tal modo que se inmiscuye en él la investigación sociológica sobre tales causas. Por ejemplo, si pregunto cuál es la "causa" de tal ley, puede contestarse que "la mayoría liberal en el Parlamento" es la "causa" que llevó a su sanción, a su vez la "causa" de esta mayoría liberal puede ser una elección reciente, y la causa de esta elección un golpe de estado anterior, etcétera. De este modo han aparecido doctrinas puramente sociológicas y pluralistas sobre las fuentes, doctrinas a las que se les escapa el verdadero problema por partir en busca de una relación causal.

17.4. FUENTES "FORMALES" Y "MATERIALES"

Frente a la pluralidad de "causas" u "orígenes" que se pueden señalar como fuentes del Derecho por vía de las doctrinas pluralistas o sociológicas, la doctrina retoma un sentido más preciso del tema haciendo una

distinción entre fuentes "formales" y "materiales". Así, las fuentes materiales serían todo aquello que contribuye a determinar el *contenido concreto* de las normas jurídicas: por ejemplo, una convicción religiosa, la plataforma política de un partido mayoritario, una doctrina filosófica, un interés que logra imponerse, etcétera. Todas esas "causas" sociológicas por las cuales las normas en determinada comunidad tienen cierto contenido concreto, todas estas "fuentes materiales", para advenir Derecho aplicable es necesario que pasen por el molde que imponen las "fuentes formales". No basta con que sean meras fuentes materiales, sino que deben adquirir la forma de las fuentes formales.

Fuentes formales son aquellos hechos o actos a los cuales se les atribuye una específica aptitud para crear normas jurídicas. Así, el procedimiento formal establecido para que el Congreso sancione una ley, hace de las leyes fuentes formales. De este modo tenemos que una fuente material que sostiene, por ejemplo, que el propietario no pueda ya degradar o destruir la cosa en virtud de la "función social de la propiedad", todavía esa concepción no alcanza la jerarquía de "Derecho aplicable" hasta que no pase por el procedimiento formal que la convierta en una norma.

Esta caracterización de fuentes formales y materiales, a pesar de parecer muy clara, ofrece dificultades insalvables. La fuente formal se ve con nitidez en el caso de las leyes, las cuales tienen un procedimiento específico para ser sancionadas, se desdibuja algo con la jurisprudencia, pero aparece francamente oscura en el caso de la costumbre y la doctrina. Por ello esta distinción, a pesar de sus esfuerzos, no ha sacado de la confusión inicial.

17.5. REPLANTEO EGOLÓGICO

17.5.1. Exigencia de objetividad en la asignación de sentidos jurídicos

El planteo egológico lo comenzó Cossio señalando que las fuentes del Derecho, ya sean materiales o formales, son invocadas en las sentencias para dotar a éstas de fuerza de convicción. En esa fuerza de convicción de las sentencias reside —para Cossio— el campo privilegiado donde se decide el tema de la *verdad jurídica,* y de ahí la importancia filosófica del tema de las fuentes del Derecho. La fuerza de convicción de las sentencias viene dada, *simultáneamente,* por la ausencia de "contradicción (en) el empleo de la ley que se aplica al caso para subsumirlo" y por proceder "de acuerdo con las valoraciones jurídicas vigentes". El primer requisito nos brinda el *criterio lógico* de verdad jurídica, que nos permite determinar que no hay verdad —criterio negativo de verdad—, que la sentencia carece de fuerza de convicción, cuando la solución que ella da al caso se sale del marco de posibilidades determinado por la norma superior. Éste es el criterio lógico de la verdad jurídica y por ello la norma superior es, para Cossio, fuente formal. El segundo requisito es expresión del *criterio axiológico* de verdad jurídica que permite señalar, dentro de las diversas posibilidades contenidas en el marco lógico de las normas generales, aquella que constituye la *mejor posibilidad,* dotando así de fuerza de convicción a la sentencia. Éste es el criterio positivo de verdad.

De modo que, finalmente, para Cossio la norma es fuente formal y el valor fuente material.

Pero, con todo lo que tiene de esclarecedora la indagación de Cossio sobre la fuerza de convicción de la sentencia y la norma y el valor como criterios para la misma, ello nos aparta —según nuestro parecer— del tema de las fuentes porque, como veremos en lo que sigue, la invocación de las fuentes que se hace en la sentencia consiste en su invocación como "Derecho aplicable" al caso, es decir, como Derecho vigente o existente en la comunidad.

Por haber concentrado su atención en el análisis de la experiencia jurídica (a través del caso ejemplar de la sentencia) y no haber reparado lo suficiente en la conexión del tema de las fuentes con el de la vigencia o existencia del Derecho, tampoco Cossio puede decirnos qué tienen de común acuerdo y qué de diverso las distintas fuentes, a saber, por lo menos las dos más importantes e indiscutibles: la ley y la costumbre.

Nosotros vamos a retomar el tema teniendo como punto de partida la primera idea de Cossio. Para ello lo formulamos en la forma siguiente: fuentes son lo que es invocado como Derecho aplicable ya sea por el juez al dictar una sentencia, ya sea por las partes en su intento de convencer al juez de cómo debe ser la sentencia que debe dictar. Las fuentes aparecen así en las sentencias cuando llega el momento de decidir cuál es el Derecho a aplicar: o bien se aplica la ley, y/o se aplica una costumbre, y/o se aplica una jurisprudencia, y/o se aplica una doctrina. Y esta conclusión, a la cual arribamos no arbitrariamente, sino siguiendo nuestro hilo conductor anunciado al principio (fuente es lo invocado en la sentencia como derecho aplicable) [2], nos sirve de base sólida para investigar qué es lo que es-

[2] Debemos señalar que, si bien tomamos como hilo conductor la sentencia y lo enunciado en ella, lo hacemos por la claridad y nitidez que presenta al efecto de nuestro estudio, pero podríamos haber tomado cualquier acto de asignación de sentido jurídico, como, por ejemplo, la determinación que hacen las partes cuando espontáneamente cumplen sus obligaciones.

tas fuentes tiene en común —qué las hace ser fuentes— y qué tienen de distinto —qué las hace no confundirse—.

Para proseguir nos hacemos la siguiente pregunta metódica: ¿por qué el juez invoca una fuente como Derecho aplicable? El juez, a quien se le somete un conflicto, tiene que terminar su tarea de comprensión de los hechos de conducta que constituyen su caso mediante una norma individual (la sentencia). Él se aboca a la comprensión de su sustrato de conducta y debe rematar su tarea asignándole un sentido jurídico mediante la sentencia. El sentido del caso es recreado por el juez con una norma individual. Pero este asignar un sentido jurídico, este recrear el sentido del caso, no es un acto arbitrario o caprichoso: el juez debe dar no un sentido cualquiera, sino un sentido *objetivo*. El sentido que él asigne debe valer como sentido jurídico del caso no sólo para él, sino también para la comunidad de la cual él forma parte. Y en este "valer para la comunidad" está la objetividad que se le exige a su tarea.

Esta exigencia de objetividad, o sea que el sentido asignado no sea arbitrario o caprichoso, funciona como fundamento de la teoría de la arbitrariedad elaborada por nuestra Corte Suprema a través de sus fallos. Ustedes saben que el recurso extraordinario no se abre para las cuestiones "no federales", ya que los artículos 14 y 15 de la ley 48 excluyen del conocimiento de la Corte Suprema, en instancia extraordinaria, la aplicación de los códigos de fondo, de las leyes locales y la apreciación de los hechos de la causa. No obstante la Corte, en su doctrina de la arbitrariedad, ha venido a decir más o menos lo siguiente: las sentencias de los jueces tienen que ser la aplicación razonada del Derecho vigente, si no lo son y se basan en el exclusivo arbitrio de los jueces, dejan de ser sentencias por ser arbitrarias. Y en estos casos ha conocido en causa no federales [3]. Expresado esto con otros términos quiere decir: si al juez se le ocurre darle al caso un sentido carente de toda objetividad su sentencia es revisable por ser abitraria.

[3] "...existe un supuesto en que cabe el recurso extraordinario respecto de sentencias que versan sobre cuestiones no federales. Es el caso de que tales sentencias fuesen arbitrarias o, como también se ha dicho, insostenibles, carentes de todo fundamento legal y basadas sólo en la voluntad de los jueces". YMAZ, E., "Arbitrariedad y recurso extraordinario", en *La Esencia...*, cit. Ver también CARRIÓ, Genaro R., *Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.

17.5.2. La exigencia de objetividad comporta la exigencia de conceptuación. El caso como lo individual desde el punto de vista general

La exigencia de objetividad que hemos visto en el punto precedente, tiene un apoyo doble: lógico y axiológico. La objetividad, o fuerza de convicción, de la sentencia viene dada por la adecuación de la valoración que ella *siempre* implica con las valoraciones vigentes en la comunidad y por la adecuada *conceptuación* que se haga del caso utilizando para ello las normas jurídicas.

Claro está que ambos elementos, el lógico y el axiológico, están imbricados porque toda norma general (legal, consuetudinaria, etc.) implica siempre un contenido valorativo. Las normas concretas no son puros conceptos vacíos sino, por el contrario, sus contenidos dogmáticos expresan siempre una cierta valoración. Pero no nos vamos a detener en este aspecto sino que, sin olvidar esta aclaración, tenemos que examinar el tema de la conceptuación que el juez hace del caso.

Al juez se le presentan una serie de hechos que integran una acción. Sabemos ya que la acción se comprende por su sentido unitario; por ello el juez asignará, recreando el sentido de la acción, un sentido jurídico a los hechos sometidos a su conocimiento. Pero nos preguntamos ahora: ¿qué es lo que hace que una serie de hechos configuren un "caso"? ¿Por qué el "caso" se define o caracteriza por ciertas y determinadas notas específicas, mientras que los hechos de conducta presentan una infinidad de aspectos, importantes o no, que los hace ser "únicos"? La respuesta es que los hechos individuales serán "casos" cuando sean vistos como la expresión fáctica de los hechos previstos en una norma general. Los hechos individuales son "casos" cuando se los observa desde el punto de vista de lo general [4].

[4] En otros términos: puesto que la intuición que cada uno —y el juez— pueda tener de un hecho cualquiera es como toda intuición incomunicable e incompartible, siendo la objetividad —como hemos visto precedentemente— la intersubjetividad trascendental, el juez debe proceder *a conceptualizar* para comunicar a los demás su comprensión del caso. Debe mostrar los hechos ocurridos y la acción que proyecta (condena o absolución) como caso particular de un concepto o norma general. Así los demás podrán compartir —o no— su comprensión del caso. Y también dentro del concepto o marco normativo encontrado debe mostrar la valoración que ha hecho para elegir una de las posibilidades, que el marco le brindaba (cosa que, naturalmente, implica el rechazo de todas las demás), como caso de una valoración general que debe imponerse espontáneamente al sentimiento de justicia de los demás toda vez que las mismas circunstancias relevantes estén en juego. Para realizar esto el juez debe haber captado adecuadamente cuáles son las circunstancias verdaderamente relevantes de los hechos cuyo juzgamiento le ha sido sometido como

Examinemos esto en un ejemplo: tenemos para ello la institución consuetudinaria de la monarquía hereditaria. Decimos que esta institución "vive en el espíritu del pueblo" de los países monárquicos, y ello es así porque desde tiempo inmemorial el hijo mayor del rey lo sucede en el trono en el caso de abdicación o muerte. Esta institución se evidencia en una serie de casos que tienen entre sí muchísimos elementos diferentes y algunos comunes. El primer rey fue autoritario, rubio y generoso; el segundo fue débil de carácter, morocho y egoísta; el tercero era jorobado e intrigante, etcétera. La serie de reyes presenta, de este modo, un sinfín de diferencias que se consideran *no relevantes* al efecto de la institución que analizamos; pero, además de esas diferencias tienen algo en común que es lo *relevante* para definir la monarquía hereditaria: todos ellos fueron hijos primogénitos del rey anterior y sucedieron a sus padres en caso de abdicación o muerte. Esto quiere decir que cada uno de los casos examinados tiene como circunstancia relevante solamente aquellos caracteres que lo configuran como "caso" de una regla general (en nuestro ejemplo, la regla que institucionaliza la monarquía hereditaria), regla que puede ser legislada o consuetudinaria.

Esto mismo se ve en los "casos" jurídicos. ¿Qué tienen de común el hecho de conducta de un profesional, argentino, padre de familia y católico que le quita la vida a un semejante, y el de un obrero, italiano, soltero y judío que ha hecho lo mismo? Bueno, la respuesta está ya implícita en la pregunta: para caracterizar el "caso" del homicidio tomamos como relevante el hecho de conducta de haberle quitado la vida a otro y descartamos, por no ser relevantes, todas las diferencias señaladas. Dos acontecimientos diferentes, que siempre van a ser desiguales en muchos aspectos, se configuran ambos como "casos" cuando tienen algunas notas comunes que son consideradas *relevantes* por ser la concreción fáctica del hecho de conducta previsto en una norma general.

Y es esa norma general la que confiere sentido al hecho de conducta considerado "caso". Son los sentidos generales los que nos permiten referirnos a ciertos hechos como a "casos" concretos de esos sentidos. Y son esos sentidos jurídicos generales los que nos permiten así *conceptualizar jurídicamente la conducta.*

---

para configurar un "caso" axiológico, caso que en este mismo momento —y por obra de ese juez— recibe conceptuación y deviene un "caso" normativo, como se ve en la asistencia que sienta un precedente.

17.5.3. Las fuentes como hechos que denotan la aceptación comunitaria de sentidos jurídicos

Hemos llegado, a través del razonamiento seguido, a un problema aparentemente insoluble: debemos mostrar la existencia de un sentido general. ¿Cómo mostramos o señalamos esa existencia? Los sentidos no se ven con los ojos de la cara ni se ofrecen a la percepción sensible. Ello, no obstante, debemos poder mostrarlos de alguna manera. Éste es el tema específico de las fuentes, porque *las fuentes son aquellos hechos que denotan la aceptación comunitaria de un sentido general.* Mostramos un sentido general señalando un hecho que sí se ve con los ojos de la cara y que está en el tiempo y el espacio, hecho que de por sí pone de manifiesto la existencia de un sentido.

Las fuentes del Derecho, ya se llamen ley, jurisprudencia, costumbre, doctrina o como fuere, son aquellos hechos en los cuales se apoya el juez —o todo aquel que quiera asignar sentido jurídico a una conducta— para señalar que hay un sentido general existente en la comunidad. El texto de una ley, la repetición de cierta conducta, la reiteración de una solución judicial o una opinión doctrinaria, son hechos —y como tales perfectamente perceptibles y señalables— de los que se puede inferir la existencia de un sentido general aceptado comunitariamente. Pero, no se piense que nos limitamos a esos cuatro hechos señalados; no, todo hecho invocado para mostrar un sentido general es también "fuente" del Derecho con iguales títulos y méritos.

Todavía tenemos que agregar que, como el hecho que manifiesta el sentido invocado debe ser reactualizado al dictarse el fallo —al asignarse un sentido jurídico— para hacer esa reactualización se recurre a una "fuente de conocimiento". Es decir, si tenemos que referirnos al hecho de la sanción de una ley, por ejemplo el Código Civil, como esa sanción ocurrió en 1869 o sea en un pasado ya remoto que no resulta hoy reactualizable, para hacerlo recurrimos a un hecho concreto que tenemos a mano: el ejemplar del Código Civil que está sobre el escritorio. Cuando llega el momento de fallar, el juez tiene bien a mano un hecho que le denota la existencia de un sentido objetivo, ese hecho, o bien es el ejemplar del Código, o son los repertorios de jurisprudencia, o son los tratados doctrinarios, o las recopilaciones de usos y costumbres, o cualquiera otra "fuente de conocimiento". Estos hechos son una forma de entenderse que tienen los hombres: todos estamos de acuerdo en que hay un sentido general que emana del ejemplar del Código Civil que hay en nuestra biblioteca, y basándonos en él nos manejamos y entendemos.

17.5.4. Sentidos jurídicos no precisados en normas: valores o ideales y fuentes "materiales" (estándares valorativos, "fines", etc.)

Si bien toda norma general implica siempre un contenido axiológico, un valor, no todos los valores tienen expresión normativa. Por ello resulta que hay sentidos jurídicos no precisados en normas. Éstos son aquellas valoraciones vigentes, tales como los ideales compartidos por una comunidad, sus patrones de conducta, etcétera. En estas valoraciones no hay una descripción de la conducta lo suficientemente precisa como para que haya una imputación normativa de antecedente a consecuente [5]. En estos casos estamos frente a "medio" sentido, porque el sentido general no tiene aún su formulación completa.

Tomemos un ejemplo: el principio de que todos los hombres son iguales ante la ley expresa, sin duda, una valoración vigente. Pero ¿qué quiere decir este principio? No hay en él una descripción de conducta concreta como antecedente, ni una descripción de conducta como consecuente, cosa que sucede en toda norma. La valoración que expresa el principio mencionado no ha de alcanzar la precisión de ser un sentido general apto para conceptualizar un "caso" hasta que no se plasme en una norma, ya sea ésta legislada o consuetudinaria, general o individual. Lo mismo sucede con el principio que expresa que los trabajadores tienen derecho a una existencia digna. ¿Qué es una existencia "digna"? No se sabe bien si implica el derecho a una vivienda propia, a ciertos servicios sanitarios elementales, a una educación universitaria, a por lo menos un viaje a Europa en la vida, o a un alimento con cierta cantidad mínima de proteínas.

Cada vez que para fundar la objetividad del sentido del caso individual se acude a una de estas valoraciones de tipo general no concretadas en una formulación normativa, estamos frente a una valoración. Y como la valoración no la pone el juez en forma arbitraria o caprichosa, sino que tiene que buscar la valoración objetiva que esté dada y sea vigente en la comunidad, respecto de ellas también hay "fuentes". Y en este caso hablamos de fuentes exclusivamente "materiales". En otros términos: cuando se señala la existencia de una valoración no concretada en una norma general y se buscan hechos para mostrar que esa valoración *está* vigente en la comunidad, esos hechos son "fuentes exclusivamente materiales".

[5] Como hemos visto en el Cap. 13, toda norma debe contener necesariamente una descripción de hechos (situación) y la afirmación de que cierta conducta debe ser, encontrándose estas dos expresiones (atómicas) vinculadas entre sí en la forma de un bicondicional. La mera afirmación de que algo debe ser no constituye una norma sino, a lo sumo, una valoración.

17.5.5. Norma general y fuente formal

Lo visto precedentemente nos ha llevado ya a distinguir entre fuentes formales y fuentes materiales, pero fundando la distinción desde la perspectiva egológica vamos a hacer explícito lo que adelantáramos en el punto anterior.

Sabemos ya que "fuentes" son aquellos hechos que denotan la existencia de un sentido general. Sabemos también que los sentidos generales *siempre* expresan un contenido axiológico, un valor. Ahora, cuando esos hechos denotan un sentido axiológico no expresado normativamente, estamos frente a una fuente exclusivamente material. En cambio, cuando esos hechos denotan un sentido general que tiene expresión normativa, estamos frente a una fuente "formal". Claro está que la formulación normativa bien puede ser expresada, como en el caso de la costumbre, en la cual el "núcleo" de la repetición de los hechos de conducta perfila la norma. En la ley, en cambio, el sentido normativo está expreso por las palabras del legislador. En la jurisprudencia hay una doble serie de identidades: por un lado la repetición de los hechos sometidos a los jueces, y por el otro la repetición de las soluciones dadas por los jueces a esos casos. Por ello la norma jurisprudencial participa un poco de los caracteres de la norma consuetudinaria (repetición de hechos de conducta) y de los de la norma legislada (expresión conceptual de la norma). Por último, tenemos que la doctrina se expresa conceptualmente, por lo que es una fuente "formal".

Cabe advertir que como todo sentido jurídico expresa siempre un valor no hay fuentes puramente formales, es decir, puras normas carentes de contenido axiológico. Por ello, es más adecuado hablar de *fuentes materiales y fuentes formal-materiales*. En ambas hay un contenido axiológico, pero en una de ellas, además de ese contenido axiológico, hay un concepto general, es decir, una norma general que determina que dados ciertos hechos deben ser ciertas consecuencias.

Prescindimos por el momento del hecho de que esta norma general puede ser más o menos obligatoria —tema que veremos a continuación— y destacamos que esta descripción de hechos antecedentes y hechos consecuencias como debiendo ser, puede ser más o menos precisa, borrosa o vaga, lo que da cuenta de la necesaria coimplicación de valor (sentido más o menos vago) y norma (sentido más preciso). Por otro lado, el tema se conecta obviamente con el de la interpretación, cosa que destaca la estrechez de la concepción que ve en la tarea de interpretar una "pura interpretación de la ley", ya que ésta es la fuente formal por expre-

siones verbales. Finalmente, también queda de relieve la estrechez del enfoque de todas aquellas escuelas que pretenden acceder al Derecho únicamente a través del análisis de las expresiones o enunciados (normativos).

17.5.6. Obligatoriedad de las fuentes

Éste es un tema importante que fue confundido con el de las fuentes del Derecho, confusión que impidió que se lo examinara detenidamente y que llevó al tema de las fuentes cierta oscuridad. La obligatoriedad es una cualidad o carácter de alguna fuente, pero no es de ningún modo algo que la haga ser o no ser fuente del Derecho. No podemos reservar la palabra "fuente" para aquellas fuentes que son obligatorias porque, como hemos visto, fuentes son todos aquellos hechos que evidencian sentidos generales. Pero, aun si quisiéramos hacerlo, nos encontraríamos con dos dificultades insalvables: la primera consiste en que las fuentes no obligatorias funcionan como efectivas fuentes en la vida cotidiana, en el cumplimiento espontáneo del Derecho; la segunda consiste en que la obligatoriedad no es carácter que puede determinarse tajantemente, no puede señalarse en forma absoluta cuál es la fuente obligatoria y cuál no lo es.

Dentro de este tema tenemos que dejar bien claro que no hay ninguna fuente *absolutamente obligatoria,* ni siquiera la ley. De hecho, el juez puede fallar de acuerdo o contra la ley; esto lo hemos visto al examinar las sentencias *contra legem* y la norma de habilitación en el Capítulo 14. La ley tiene cierto grado de preponderancia en cuanto a la obligatoriedad, por la circunstancia de que el juez obtiene su calidad de tal al menos en el mundo contemporáneo, de una norma expresa (ley en sentido lato) por ello su sujeción a la ley es mayor, pero ello no hace de ningún modo que la ley sea absolutamente obligatoria.

La jurisprudencia no goza, entre nosotros, de la misma obligatoriedad que la ley, puesto que un juez puede alzarse contra una jurisprudencia con menor esfuerzo y menos argumentos que los que necesita para alzarse contra una ley. Pero, a pesar de ello, la jurisprudencia tiene cierto grado de obligatoriedad. A un juez, para contradecir una jurisprudencia sentada y firme, no le basta con invocar su mera condición de juez, sino que debe poner en crisis y rebatir los fundamentos en los cuales se apoya la jurisprudencia que desea dejar de lado. Y esto no siempre es fácil, a tal punto que en la vida de los tribunales las jurisprudencias sentadas y firmes se viven como obligatorias.

Las normas consuetudinarias, recibidas en las cortes, son tan obligatorias como la ley, aunque ésta tenga cierta preponderancia sobre la costumbre en caso de conflicto, salvo el poder inescapable de la *desuetudo.*

La doctrina no tiene ningún grado de obligatoriedad. El juez la utiliza para fundar la solución que da al caso y deja completamente de lado la doctrina que no le sirve a ese efecto. De la multiplicidad de opiniones él elige las que quiere y silencia las que no le sirven sin sujeción alguna. Más aún, a veces consigna la discrepancia con tal o cual autor sin que ello le cause mayor preocupación.

17.5.7. Concepto final de fuentes

Como último análisis y de acuerdo con lo especificado en el Capítulo 7 y en la Introducción del precedente, debemos considerar a las fuentes como aquellos hechos a los que se les reconoce, en un grupo o comunidad jurídica, la virtud de introducir (o sustraer) normas y, complementariamente, políticas, principios o valoraciones que son utilizados por los mismos miembros de la comunidad o por los órganos establecidos para ello (jueces y tribunales) a fin de determinar el sentido de las conductas de sus miembros y los comportamientos que deben observarse, inclusive en los casos de controversia.

17.6. CONCEPTO ESPECÍFICO DE FUENTES

Tal como acabamos de explicar en los puntos precedentes, entendemos que son fuentes del Derecho aquellos hechos a los que se les reconoce la aptitud de producir modificaciones en el ordenamiento jurídico. Cabe ahora preguntarnos por la naturaleza específica de esos hechos. O sea, debemos responder la pregunta: ¿qué clase de hechos son los que tienen esa aptitud de introducir (o sustraer) normas o componentes del ordenamiento jurídico?

Para responder a ese interrogante proponemos considerar que [6]:

a) Fuentes jurídicas son los cursos tipificados de conducta a los cuales los mismos protagonistas del mundo jurídico atribuyen la propiedad de introducir o sustraer normas del ordenamiento jurídico.

Veamos algunos conceptos básicos involucrados en esta definición.

1°) "Cursos tipificados de conducta". Esta terminología la he tomado de Alfred Schutz que ha realizado, a mi entender, un aporte extraordina-

[6] El texto siguiente es parte del Capítulo "El concepto de fuentes jurídicas", en VILANOVA, José, *El Concepto de Derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993. Por la naturaleza de este libro de introducción al Derecho, nos limitamos a reproducir sus conclusiones elementales, sin detenernos en los fundamentos de las mismas. El lector interesado en esos fundamentos puede recurrir al texto completo del citado libro de Vilanova.

rio a la metodología de las ciencias sociales. Con esta locución alude Schutz a *construcciones* (generalizaciones, abstracciones) que constituyen un elemento imprescindible de todo conocimiento, para el que no existen los hechos desnudos, puros y simples. En el caso de las fuentes, se trata, en mi opinión, de construcciones de primer grado —que hacen los mismos protagonistas del mundo social— por oposición a las construcciones de segundo grado que, sobre la base de aquéllas, hacen los científicos sociales.

2º) "Los mismos protagonistas del mundo jurídico". A los juristas y teóricos del Derecho que razonablemente no quieran adherir a la metodología de las ciencias sociales, bastante polémica por otra parte, les diré que una parte de este camino les viene facilitada por el exponente máximo del iuspositivismo en nuestros días. Me refiero a H. L. A. Hart cuando insiste en que el jurista, a diferencia del sociólogo o el antropólogo, debe adoptar el "punto de vista interno" al Derecho. Para quienes, como Genaro Carrió entre nosotros, adhieren en este punto a Hart, sugerimos la siguiente versión de nuestro concepto de fuentes:

b) Fuentes jurídicas son los hechos que, con arreglo al punto de vista interno del Derecho, tienen la propiedad de introducir (o sustraer) normas al ordenamiento jurídico.

Menciono esta versión para mostrar puntos de contacto y entendernos todos los positivistas. No porque la considere una mejora respecto de la versión a). Considero que mi propuesta es preferible porque indica quiénes son los sujetos cuyo punto de vista se califica como "interno". Y es preferible filosóficamente porque no se atiene al mito de los "hechos puros". Tenerlo presente puede motivar a los juristas a admitir sin retaceos que cultivan una ciencia social, interesarse por los temas metodológicos de esta clase de ciencias y abandonar su sospechoso aislamiento.

Entiendo que todos somos protagonistas del mundo jurídico porque todos estamos sometidos al ordenamiento jurídico y ocasionalmente creamos, *o contribuimos a crear,* algunas de sus normas. Pero en el papel *activo de crear normas,* algunos tienen un protagonismo destacado en la medida en que desempeñan un rol que tiene por atribución crear, o contribuir a crear, normas en forma no ocasional, vale decir, como un oficio permanente. Me refiero, obviamente, a los integrantes de los tres poderes en el orden nacional y provincial. Pero también a funcionarios de jerarquía mayor o menor y a algunas personas que no revisten el carácter de funcionarios; entre otros, los representantes de las organizaciones empresariales y sindicales que negocian y conciertan los convenios colectivos de trabajo. En adelante me referiré a los protagonistas del mundo jurídico indistintamente también como "operadores jurídicos", adoptando un término expresivo de reciente aceptación general. Entre los operadores jurídicos de protagonismo destacado convendría incluir a sus colaboradores, como sería el caso de los fiscales y otros funcionarios judiciales, peritos y abogados patrocinantes, para los jueces. El mundo jurídico se refiere a lo que se ha llamado expresivamente el "derecho en acción" como opuesto al "derecho de los libros" (Pound). Pero él no se limita, como acabamos de ver, al accionar de la Administración de Justicia. Este último permite un amplio debate sobre normas, principios y valores por lo que goza de especial prestigio. Pero constituye un error limitar a este campo el protagonismo jurídico o el protagonismo jurídico destacado, como lo hace el realismo de los Estados Unidos de Norteamérica.

3º) "Atribuyen". Este atribuir no es un acto único que se agote en su ejercicio. Con "atribuir" queremos decir que los operadores jurídicos se comportan de conformidad con una creencia: ellos *creen* que los cursos de conducta que llamamos fuentes jurídicas tienen la propiedad de introducir (o sustraer) normas al conjunto de ellas u ordenamiento. Esta creencia suele ser explícita en los operadores jurídicos conspicuos, en especial los jueces. Pero esto es accidental. Lo decisivo es que exista la creencia, que bien puede ser implícita o tácita, lo que es frecuente para el resto de los operadores jurídicos. Se trata del componente de creencia que se encuentra en toda acción intencional, algo que se asume como cierto *(assumption)* cuando uno actúa. Así, para lo que nos interesa, el contribuyente que paga sus impuestos, el acreedor que reclama el pago de un pagaré, el delincuente que trata de no ser descubierto; todos ellos obran en la creencia de que la legislación (tributaria, comercial, penal) tiene la propiedad de incorporar normas al ordenamiento.

17.6.1. Ventajas de esta propuesta

El concepto de fuente así delineado presenta, a mi entender, ventajas apreciables sobre sus competidores. Menciono las siguientes:

1º) Se trata de un patrón flexible, apto para ser utilizado en distintos ordenamientos jurídicos positivos. Esta ventaja se refiere, en primer término, a la aplicación de un mismo concepto de fuente, tanto para los países de tradición romanista como para los anglosajones y otros en los que rige la tradición del *common law*. Pero nuestro patrón flexible recomienda en general un estudio del comportamiento efectivo de los operadores

jurídicos involucrados —como lo hizo, en un voto que recuerdo, el juez Jerome Frank—, para tener en cuenta el valor de la jurisprudencia como fuente para los jueces argentinos, desechando el lugar común que no le asigna valor en los países de tradición romanista. El criterio expuesto permite también fundar adecuadamente las particularidades que exhiben las fuentes en las diversas especialidades o "ramas" jurídicas.

2°) Al fundar la noción de fuente en una creencia de los operadores jurídicos que se da en el tiempo presente se cancela la interpretación temporal que parece imponer la utilización misma de verbos como "crear", "introducir" o "sustraer" que, como todo verbo, reclama conjugación. Ésta no presentaría mayores dificultades con la legislación, pero violenta la naturaleza misma de la costumbre, la cual nunca reconoce un momento preciso en su instauración como hecho social modificatorio del ordenamiento.

3°) El criterio de la creencia presente, por parte de los operadores jurídicos, promete arrojar alguna luz sobre oscuridades de la doctrina prevaleciente sobre la costumbre; ya que no habrá que contar cuántos actos repetidos hacen costumbre o cuán antigua debe ser para consagrarla como fuente.

4°) El mismo criterio sirve para quitar toda connotación causal a expresiones metafóricas como "origen" o "causa de nacimiento" empleadas para las fuentes. Podemos dejar, con la conciencia tranquila, estos temas a la psicosociología o a la sociología.

5°) Abandonamos la notoria ficción encerrada en la sentencia "Lo que el soberano no prohíbe lo autoriza" destinada en esta materia a asegurar la primacía de la ley derivando la validez de la fuente consuetudinaria de la legislativa.

6°) Por último, aunque no por su importancia, destaco la unificación que se obtiene del concepto de fuente para la totalidad de las normas que integran el ordenamiento, tanto para las generales como para las individuales.

17.6.2. Conceptos involucrados por el de fuentes jurídicas

a) Las normas jurídicas. El aspecto que interesa al tema de las fuentes

No interesa revivir aquí ni el debate sobre el ser de las normas (órdenes, directivas, enunciados de deber ser, etc.), ni el debate sobre si ellas

tienen o no alguna estructura lógica canónica. Nos interesa, en cambio, la noción adelantada por Kelsen de la norma como "esquema de interpretación" de la conducta, esquema que permite asignarle un *sentido objetivo*. El sentido jurídico objetivo de una conducta se obtiene mediante el expediente *prima facie* sencillo de compararla con los contenidos normativos. Cualquier cosa que sean las normas, las fuentes introducen (o sustraen) al ordenamiento estos esquemas de interpretación. La comparación requerida podrá ser más complicada cuando la norma se encuentra implícita como en la costumbre o el precedente del *common law,* pues habrá que explicitarla en la medida de lo necesario. Y podrá ser aparentemente más sencilla con la legislación. La objetividad requerida en el sentido de la conducta ha sido el tema clave para la doctrina, de fundamento egológico, que considera las fuentes como criterios de objetividad (Cueto Rúa, Aftalión-Vilanova, Gottheil).

b) La norma individual. Norma individual y fuente

La sentencia que dicta un juez o tribunal de última instancia haciendo lugar a la demanda es la obvia fuente de la obligación del demandado de pagar, por ejemplo, una suma de dinero. No deriva su carácter de fuente de su conformidad con las normas generales aplicables; pues bien puede ser que la sentencia no guarde tal conformidad. Pese a ello la obligación del condenado subsiste, sea por la institución de la cosa juzgada, sea por una característica del ordenamiento que se suele denominar "norma de habilitación", que ha sido señalada por Kelsen.

Suelen olvidarse estas verdades elementales cuando se atiende en exceso al masivo cumplimiento de sus deberes por parte de los obligados —donde "deberes" incluye la omisión de delitos penales— cumplimiento que simula una operación directa de la norma general. Pero la norma no obra u opera. Solamente lo hacen los seres humanos, nuestros "operadores jurídicos"; solamente el comportamiento real de éstos merece calificarse como "derecho en acción".

c) La norma general. Error e ideología de la doctrina que circunscribe las fuentes a las normas generales

Existe una venerable tendencia a considerar que normas, "lo que se dice normas", son solamente las generales. Esto es asumido por el mismo Savigny en forma acrítica, no obstante todo lo que tiene de esclarecedor su examen de las fuentes. También por Austin, precursor o fundador de la teoría general positivista. Pero este prejuicio ha sido desbaratado por Kelsen, que admite normas individuales en el ordenamiento jurídico. Nos queda poner al desnudo el componente ideológico de esta equivocada pero persistente tendencia.

El conjunto de normas jurídicas u ordenamiento —al que muchos llaman sencillamente "el Derecho"— constituye una forma de control social caracterizada por el uso de la coacción. Pero si ese ordenamiento estuviese constituido exclusivamente por normas generales no podría caracterizárselo por el uso de la coacción, ya que serviría como control social solamente en los casos de cumplimiento. Para estos casos ya tenemos la moral (positiva) y otros conjuntos no coactivos de normas positivas, de los cuales no podría distinguirse lo específico del ordenamiento jurídico que se suele llamar "Derecho". En otros términos: dado que la coacción sólo puede ejercerse sobre seres humanos individuales, o sobre algún agrupamiento de ellos, y en ocasiones determinadas, el ordenamiento jurídico debe por fuerza integrarse con normas individuales. La doctrina que critico afronta un dilema de hierro: o bien el ordenamiento incluye normas individuales, o bien no es jurídico.

La escapatoria a este dilema es bien conocida y consiste en la doctrina del "silogismo judicial" que parafraseamos aquí de la siguiente manera: las soluciones de los casos de conflicto —en los que se actualizan los incumplimientos posibles— emergen directamente, sin intermediarios, de las normas generales, pues el papel de los órganos jurisdiccionales consiste meramente en discurrir de acuerdo con algunas leyes simples de la lógica. Esta doctrina se complementa con otra, referida a la interpretación, que propugna el valor de un solo método interpretativo, o un orden de prioridades para los distintos métodos, de modo que su aplicación ordenada conduzca sin desvíos a la solución correcta. De ésta no me ocuparé aquí. Me interesa señalar, en cambio, otra doctrina complementaria cuyo tenor ideológico parece mucho mayor, al punto que no ha parecido necesario siquiera sustentarla expresamente. Consiste en negar el carácter de fuente a los actos productores de normas individuales.

Si las cosas fuesen como sostiene la doctrina que critico, si todas las normas individuales integrantes del ordenamiento se obtuviesen por deducción silogística de un conjunto de normas generales, habríamos alcanzado en el Derecho, y en la ciencia que lo estudia, un ideal de racionalidad que envidiarían incluso las ciencias más "duras", como la física. Pero no es ése por cierto el caso. Forman parte *necesaria* del ordenamiento las normas individuales dictadas en sentencias y resoluciones no recurribles o no recurridas. Todo a lo que podemos aspirar en Derecho es a un modelo de racionalidad contingente, mayor o menor, que puede servir de guía para la inclusión de ciertos contenidos y la exclusión de otros. El ingrediente ideológico de la concepción criticada se encuentra ahora a la vista: se trata de prestigiar el ordenamiento jurídico positivo ("el Derecho") por la racionalidad necesaria que le sería propia independientemente de sus contenidos. Me parece detectar aquí una forma insidiosa del positivismo ideológico (Bobbio) o cuasipositivismo (Ross), que constituye, según este autor, una forma aberrante de iusnaturalismo, que culmina en reconocer un deber moral de obedecer al derecho positivo. Por mi parte me atrevería a agregar que juega para nuestro tema específico una segunda ideología: la ideología de la ciencia jurídica misma que, al socaire de esta racionalidad casi perfecta que atribuye al Derecho, se permite desentenderse de la problemática general y de la metodología propia de las ciencias sociales y refugiarse en un "espléndido aislamiento".

d) El ordenamiento jurídico. Sus ingredientes no normativos. Ingredientes no normativos de introducción doctrinaria

En teoría general se admite hoy que el ordenamiento jurídico incluye, además de normas, otras cosas. Aquí nos interesa todo lo que pueda incidir en la determinación del sentido objetivo de la conducta (*supra a]*) por lo que debemos ser generosos. Además de normas reconocemos como ingredientes del ordenamiento: reglas sobre creación, modificación, eliminación y reconocimiento de normas (Hart), principios y directrices *(public policies)* siguiendo a Dworkin y definiciones (Alchourrón-Bulygin). Cualquiera de estos ingredientes puede ser introducido o sustraído por una fuente.

Entiendo que entre los ingredientes no normativos de todos los ordenamientos se encuentran numerosas aserciones que los operadores jurídicos involucrados consideran verdaderas y que este hecho incide en forma decisiva en las características de la fuente que llamamos "doctrina". Aunque esta tesis depende, en parte, de nuestro concepto de fuentes, no lo integra, de modo que este último constituye una propuesta válida aunque aquélla fuese desechada. Como se trata de una tesis cuya enunciación explícita resulta bastante original y choca —pese a la obviedad de algunas de sus aplicaciones— con todas las exposiciones que conozco, le dedicaré alguna atención. En lo que resta de este punto presentaré algunos ejemplos seguidos de consideraciones de tipo general; en el siguiente procederé a exponer sus relaciones con el conocimiento institucionalizado.

Muchas sentencias contienen medidas de tiempo para las que se emplea universalmente el calendario gregoriano, la unidad del día y su división convencional en horas. Otras medidas convencionales son empleadas en otras sentencias. Muchísimas emplean números naturales, aunque a veces aparecen también fracciones y operaciones elementales como la suma, y eventualmente otras algo más complicadas como el cálculo de intereses. Entre las premisas no articuladas que llevan a la decisión, encontramos, por consiguiente, algunas convenciones y nociones y opera-

ciones matemáticas. Si un jurado o un juez penal entiende que la defensa ha probado una coartada, absuelven como consecuencia de ello al procesado, aunque no tengan en mente que para ello están están suponiendo el enunciado general (verdadero) que niega a los hombres el don de la ubicuidad. Pero hay casos más explícitos: ellos ocurren cuando se produce una pericia sobre algún punto decisivo. Los peritos se basan en una doctrina científica (por ahora me refiero a las ciencias naturales o "duras"). De conformidad al dictamen pericial, y a la doctrina que lo sustenta, se desechará una acción de filiación o se establecerá que ha habido fraude por falsificación contemporánea de una antigüedad, etcétera.

En suma: cualquier doctrina verdadera podría ser incorporada al ordenamiento jurídico. Pero para su incorporación efectiva, según nuestra definición, es suficiente con que los operadores jurídicos involucrados la *consideren* verdadera. Desde un punto de vista lógico, el agregado de una premisa verdadera no altera el valor de verdad de las premisas verdaderas ni de las conclusiones de un razonamiento válido. De modo que puede incorporárselo sin perjuicio alguno (aunque resulte irrelevante o inútil). Pero a veces no es tan inútil —como vimos en los ejemplos de puntos sometidos a prueba pericial—. Mi explicación para los casos en que la incorporación expresa resulta conveniente y hasta necesaria, es la siguiente: toda norma general tiene la estructura lógica de un condicional (forma canónica), u otra que sea equivalente. En dicho condicional el antecedente es un enunciado descriptivo de una situación de hecho y el consecuente una prescripción en sentido amplio. Vale decir, que hay en el consecuente una descripción (de conducta humana) pero esta descripción se encuentra deónticamente modalizada. En lo que hace al antecedente de tipo descriptivo, no será suficiente en muchos casos quedarse en el sentido de los vocablos según su uso común. Esto ocurrirá en todas las oportunidades en que las ciencias pueden brindar una mayor precisión, relevante para la decisión del caso. A los ejemplos puestos (progenitor y antigüedad) podríamos agregar otros escogidos al azar: venenos, de sexo femenino, droga susceptible de provocar adicción, el momento en que se produce la muerte, enajenado mental, etcétera.

Un ideal de racionalidad impondría integrar el ordenamiento jurídico con todas las verdades bien establecidas y a ello apuntan los (buenos) jueces cuando se adentran en las doctrinas científicas que constituyen el fundamento del dictamen pericial. Pero también cuando integran su saber con conocimientos lógicos, matemáticos, históricos, económicos, lingüísticos, etcétera.

e) Doctrinas diversas como fuentes. Papel del conocimiento institucionalizado

Como no se advierte que toda aserción verdadera, tal como las suministran doctrinas jurídicas y también las que pertenecen a otras ciencias, puede integrar, y de hecho integra, el ordenamiento jurídico, hasta ahora se ha tenido por fuente solamente a la de los juristas. Y ello sobre la base de su no obligatoriedad y de asignarle una función subordinada: la de precisar el sentido de las palabras empleadas por la ley, la única fuente reconocida. Pero esas palabras adquieren sentidos nuevos en función del avance de las ciencias, tal como hemos visto. Y en un razonamiento correcto nada se impone más fuertemente que la verdad. Si el que razona lo entiende —lo que ocurre con nuestros ejemplos— ella resulta más imperativa que cualquier obligatoriedad que quiera atribuirse a la ley. No hay, pues, distinción específica o privilegio para la doctrina de los juristas. Si ésta es verdadera, se tendrá como error del legislador codificador algún texto solitario que se aparte de esa doctrina.

Importa así atender al conjunto del cuerpo del conocimiento institucionalizado; a aquellas partes de él que los operadores jurídicos tienen por verdaderas. Ese cuerpo de conocimiento funciona como fuente independientemente de su verdad o falsedad; basta con que los operadores jurídicos lo tengan por verdadero. El tema es obvio desde los procesos a animales en la Edad Media y la caza de brujas. Pero me ocuparé solamente de lo que ocurre en nuestros días.

Incluso en las áreas de conocimiento pertenecientes al dominio de las ciencias naturales (duras), el dictamen que ellas pronuncian puede no ser decisivo cuando se trata, como aquí, de conferir un sentido jurídico a la conducta. Pues en la mayoría de los casos no se trata de constatar un hecho. Esta verificación constituye tan sólo un paso intermedio para lo que realmente importa: conferir o negar derechos, imponer obligaciones. Temas como la superioridad, igualdad o inferioridad de las razas o los sexos, el sexo de una persona, el concepto de muerte y el momento preciso en que ésta se produce, la naturaleza sensible o insensible de los animales, interesan para reconocer derechos iguales o distintos, para admitir o negar capacidad matrimonial, para autorizar la extracción de órganos o para admitir o negar el derecho al castigo. Escapan, pues, al campo específico de las ciencias naturales, temas que le son propios pero que constituyen solamente elementos de juicio para considerar la conducta humana, que es lo que verdaderamente importa al Derecho. A ellos debemos agregar temas que no pertenecen, en principio, al campo de las ciencias naturales, como por ejemplo, doctrinas sobre la naturaleza misma del hombre y de la sociedad, especialmente de la sociedad política.

Sobre muchos o todos los temas referidos en lo precedente tenemos respuestas en las doctrinas religiosas y filosóficas. Pero sobre muchos de ellos se pronuncian también hoy doctrinas que forman parte de las ciencias sociales (blandas) y otras, como la psicosociología y la etología que forman como un eslabón intermedio entre ambos tipos de ciencias. El panorama que presenta el conocimiento institucionalizado, el gran proveedor de doctrinas, es hoy bastante complejo debido a la subdvisión de las viejas disciplinas y la proliferación de otras nuevas. Para orientarse en él convendrá tener presente que en el cuerpo de aquél hay siempre aserciones contradictorias, no solamente dentro de una misma disciplina —lo que ponen de manifiesto las distintas escuelas— sino también de tipo interdisciplinario. Aquí debe buscarse, a mi entender, la causa principal de nuestra paradójica desinformación originada en el exceso de información. Todo esto viene a cuento para poner de manifiesto nuevamente que *toda doctrina puede servir de fuente, independientemente de su verdad o falsedad.* Es suficiente con que los operadores jurídicos involucrados la tengan por verdadera. En tal caso un tribunal de última instancia, por ejemplo, podrá introducirla como premisa para llegar a una solución justa. Este comportamiento no provoca gran reparo cuando se trata de la doctrina de los juristas. Las dudas sobrevienen cuando se invoca alguna doctrina propia de otra disciplina. Pues esto no lo hace el buen juez sino en los casos en que lo considera necesario para dictar una sentencia justa, al margen, o aun en contra, de algún texto legal. Aquí tienen su lugar más propio las doctrinas iusnaturalistas como, por ejemplo, la bien probada aristotélica-tomista sobre la justicia conmutativa que sirvió a la Corte Suprema para decretar —contra norma específica expresa y los precedentes— la actualización de las deudas dinerarias en época de fuerte inflación.

f) Lo específicamente jurídico

El tema genérico de las fuentes se presenta para todo conjunto de normas positivas. Lo especialmente jurídico se agrega, en la tradición Tomasio-Kant-Del Vecchio-Cossio, tradición a la que adherimos, con la impedibilidad, una estructura necesaria de la conducta de los individuos que conviven. La impedibilidad funda la coacción. Esta última constituye la nota específicamente jurídica para la tradición normativista, nota que impone la necesidad de normas individuales y fuente de ellas, tal como hemos visto en *c) supra.*

g) Positividad

El positivismo reclama que el origen de las normas sean hechos, algo que los hombres hacen en algún lugar y tiempo. El iusnaturalismo sostiene que hay normas de otro origen que, de algún modo, subordinan a las primeras. La concepción de la norma jurídica como aquella que es originada en hechos humanos es, a mi entender, la concepción central del positivismo. De aquí que se haya reprochado iusnaturalismo nada menos que a Savigny —que, según mi maestro Cossio y muchos autores, "ontologizó al derecho positivo"— por su aceptación del espíritu del pueblo *(Volksgeist)* como fuente hontanar. Con reservas ya explicadas respecto de los "puros hechos" y una gran ampliación en lo que hace a la fuente doctrinaria, adherimos al positivismo.

17.6.3. Recapitulación. Nuevas perspectivas sobre el ordenamiento. Versión mejorada del concepto específico de fuente

Una recapitulación y algunas distinciones complementarias nos permitirán avanzar en la investigación, para lo cual ofreceremos una versión algo más elaborada del concepto específico de fuente.

1°) La creencia presente de los operadores jurídicos involucrados constituye el fundamento único y el criterio que utilizamos para la identificación de las fuentes. "Operadores jurídicos involucrados" son aquellos cuyo comportamiento es necesario y suficiente para asignar sentido jurídico objetivo a la conducta en un caso concreto. Para los operadores jurídicos comunes esto ocurre cuando el obligado cumple espontáneamente su deber jurídico y el titular del derecho se da por satisfecho en su interés. Para los operadores jurídicos conspicuos se requiere el comportamiento del juez que dicta sentencias *(programa)*, pero también el comportamiento *(proyecto)* del condenado que acata la orden judicial o el de los auxiliares de la justicia (verdugo, martillero, oficial de justicia, etc.) que hacen efectiva eventualmente dicha orden en forma independiente del consentimiento del condenado.

2°) En el caso de cumplimiento espontáneo, la creencia de los operadores se refiere, y así identifica, a su fuente y, con ella, a la norma general que aplican. Una reflexión sobre su comportamiento pone de manifiesto que "aplicar" significa aquí, básicamente, usar la norma general como premisa mayor de un razonamiento silogístico. Pero las normas generales funcionan igualmente como premisa cuando los operadores jurídicos conspicuos, cuya conducta lingüística (jurisdicción) es necesaria para la asignación de sentidos jurídicos a los casos concretos, proceden a hacerlo de acuerdo con una operatoria que es considerada "normal" en el desempeño de su rol (lo "normal" comporta aquí frecuencia estadística, pero también una exigencia de deber cuyo apartamiento es objeto de reproche y descalificación).

3º) Para una concepción realista, como la que sustentamos, las normas generales se encuentran en el ordenamiento solamente en estado virtual: ellas cobran existencia propiamente dicha, actual, en la medida en que funcionan como premisas en el razonamiento jurídico que los operadores jurídicos involucrados rematan en una norma individual. Pero, como hemos visto (*supra, d]* y *e]*), en dichos razonamientos también funcionan como premisas otras que no tienen carácter normativo. Podemos dividir, pues, el subconjunto de las premisas generales que integran el ordenamiento en dos subconjuntos: el integrado por normas generales y el que forman sus partes que no revisten ese carácter.

4º) Corresponde aquí dar razón a Hart y admitir que cala mejor en la índole del ordenamiento otra clasificación en dos subconjuntos que coinciden sólo en forma parcial con los mencionados. El primero de ellos, específicamente jurídico, está integrado por normas generales y reglas para la creación de normas —generales o individuales—. El segundo está integrado por todas las premisas no normativas que no se incluyen en el primer subconjunto. No lo integran las definiciones (Alchourrón-Bulygin) que suelen traer los códigos; éstas deben considerarse como una forma abreviada de formular normas o reglas y forman parte del primer subconjunto. El segundo estaría integrado por todas las "verdades" aceptadas, las aserciones suministradas por el conocimiento institucionalizado.

5º) La clasificación a que hemos llegado en el punto precedente, siguiendo a Hart, permite arrojar luz sobre el tema de la fuerza obligatoria relativa de las diversas fuentes. Consideraremos obligatorias a aquellas fuentes que, según la creencia de los operadores jurídicos involucrados, tienen la propiedad de introducir normas generales o reglas para la creación de normas. Pueden ilustrarse con la ley —en el sentido amplio de la palabra— la costumbre, el precedente en el *common law,* etcétera. Las que no tengan tal propiedad registrarán como fuentes no obligatorias, así, la doctrina de los juristas junto con doctrinas religiosas, filosóficas y sociopolíticas, la jurisprudencia no sentada en los países de tradición romanista, etcétera.

Incorporamos estos desarrollos a una definición más elaborada del concepto de fuentes que proponemos finalmente:

Fuentes jurídicas son los cursos tipificados de conducta a las cuales los operadores jurídicos involucrados atribuyen la propiedad de introducir (o sustraer) normas o reglas para su creación, al conjunto de tales normas o reglas que constituye el ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO 18

LAS FUENTES DEL DERECHO EN PARTICULAR. LA LEY

CAPÍTULO 18

LAS FUENTES DEL DERECHO EN PARTICULAR. LA LEY

18.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS PREVIAS

18.1.1. Origen y etimología

La palabra "ley", que tiene hoy diversas acepciones tanto en el campo jurídico como fuera de él, tuvo originariamente un sentido preciso en el Derecho Romano. La vida del pueblo romano estaba regida en sus primeros tiempos por la costumbre, las *mores maiorum*, que venían de tiempo inmemorial (la fundación de la ciudad en 753 a.C. y la historia de los primeros reyes se hallan bajo la forma del mito y la leyenda). Más tarde surgió, tímidamente primero, pero notoriamente ya a partir de la Ley de las XII Tablas (304 a.C.) esta obra fuente de Derecho: la *ley*. El pueblo, reunido en los *comicios* [1] votaba afirmativa o negativamente la propuesta de un senador romano y se obtenía así una ley válida para todo el pueblo [2].

En un principio, como ya hemos dicho, las *leges* apenas amenazaron la hegemonía de las *mores maiorum* —costumbres de los antepasados— desconocidas por la mayoría de la *plebe* y cuya aplicación por los magis-

[1] Los comicios presuponen una norma que determina quiénes y cómo votan. En Roma los comicios estaban compuestos por los varones púberes portadores de armas; originariamente —de acuerdo con la primitiva organización familiar étnico-política de Roma— los comicios (*Comitia curiata*) se hacían por *curias* (unidad ético-familiar); más tarde, de acuerdo con las reformas de Servio Tulio en el pueblo y el ejército, fueron organizados comicios por centurias (*Comitia centuriata*).

[2] Ya en la votación comicial encontramos todos los elementos que caracterizan —como veremos más adelante— a la *ley*: 1°) *un órgano* (en este caso el cuerpo electoral que aunque es denominado pueblo, supone —v. nota anterior— una cierta organización y calificación del mismo; 2°) un procedimiento que culmina con el *establecimiento* de la norma; 3°) la *palabra* como medio necesario de expresión; y 4°) la *norma general*, producto y contenido material del acto de la legislación.

trados, *patricios* en su totalidad, se hacía por esto mismo sospechosa de parcialidad. La ley fue de este modo un instrumento, si no de igualdad —que se conseguiría sólo al cabo de cinco siglos— sí de la *fijeza* de las relaciones entre patricios y plebeyos. Éste fue el origen de la famosa Ley de las XII Tablas, la *Ley* por antonomasia, que rigió, con sucesivas ampliaciones y desarrollos, la vida de Roma por varios siglos [3].

En cuanto a la etimología, se sostiene que la palabra *lex legis* proviene del verbo *lego legere* (leer), con lo que se hace referencia a su forma escrita, legible, que la diferencia de las *mores*. También suele decirse que deriva de *ligo ligare* (ligar), con lo que se hace referencia a su carácter de norma obligatoria, pero parece históricamente más probable la primera hipótesis.

18.1.2. Diversas acepciones

La idea de ligamen contenida en la palabra *ley* prevaleció pronto y sobre esta base se extendió la primitiva significación jurídica del vocablo al campo de las ciencias naturales y, en fin, al de las ciencias sociales. Así hablamos hoy —a más de las leyes jurídicas— de leyes naturales o morales, de ley de Dios, de leyes sociológicas, económicas, etcétera. En este sentido amplio, la palabra *ley* puede definirse como *la regla general que rige un número indeterminado de hechos, expresando las relaciones en que dichos hechos se encuentran.*

Pero estas "relaciones" en que se encuentran los hechos son de distinta naturaleza según los puntos de vista y los hechos de que se trate y, de esta suerte, la palabra *ley* significa cosas sustancialmente diferentes:

[3] Ante la incertidumbre que en la administración de justicia creaba el imperio de la costumbre, conocida y aplicada exclusivamente por magistrados *patricios*, los *plebeyos* —representados por sus tribunos— consiguieron al fin el acuerdo general necesario para redactar una *ley escrita* aplicable a ambos órdenes de la población. En el año 303 de Roma fueron suspendidas todas las magistraturas ordinarias y todos los poderes fueron concedidos por los comicios a diez magistrados (los *decenviros*) encargados de redactar la ley, quienes al cabo de un año publicaron sus trabajos en diez *tablas*, que recibieron la consagración de los comicios por centurias. Esta legislación pareció insuficiente, y nombrados otros decenviros al año siguiente, en 304 a.C. dos nuevas tablas se agregaron a las anteriores. Las tablas (de bronce o madera de encina) fueron expuestas en el foro y consideradas como la ley suprema del pueblo romano, adaptada paulatinamente por los magistrados a la evolución de la vida societaria. Fueron —pese a su rigor excesivo propio de la dureza primitiva de las costumbres— objeto de reverencia en toda la historia de Roma, y ninguna de sus disposiciones fue expresamente abrogada hasta el tiempo de Justiniano.

i) Leyes naturales

Son la expresión de las relaciones necesarias (*causalidad*) en que se encuentran los fenómenos naturales. Según la clásica definición de Montesquieu, "son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas". Concebimos la naturaleza de tal modo que aceptamos la uniformidad constante de su transcurrir: en circunstancias iguales, a determinado fenómeno debe seguir necesariamente otro fenómeno también determinado: es lo que se expresa con la noción de causa y efecto [4].

ii) Leyes sociales

La conducta humana no es —como los fenómenos naturales— absolutamente previsible, ya que a la uniformidad constante de la naturaleza, a su determinismo, se opone la libre decisión del hombre. Sin embargo, se puede observar que los hombres se comportan en forma llamativamente semejante ante condiciones idénticas y, si bien esta semejanza de comportamiento no puede dar a una certeza absoluta, sí puede darle referida a un número elevado de casos [5]. Se llega así al establecimiento de *leyes de probabilidad* para el caso determinado, pero absolutamente exactas para el conjunto de casos, leyes cuya descripción más exacta es la *estadística*, pero que pueden formularse sintéticamente como las naturales diciendo, por ejemplo, que el precio está en razón inversa de la oferta y en razón directa de la demanda, o que la natalidad de las grandes ciudades es inferior a la de los pequeños núcleos de población, o bien que la ideología sustentada por los integrantes de una determinada capa social se encuentra en función de sus intereses, etcétera.

iii) Leyes, reglas o normas de conducta

Estas "leyes", mejor denominadas normas, no expresan, como en el caso primero, que algo *necesariamente* es o será, ni expresan, como en el caso segundo, que algo *probablemente es o será*. No dicen, en suma, que algo

[4] El concepto estricto de causalidad corresponde a la época de la física clásica. Contemporáneamente, siendo el mundo de la microfísica rebelde a una observación absolutamente exacta (ya que los medios de observación actúan deformando el estado de cosas a observar), se tiende a dejar la causalidad en suspenso y, sin pronunciarse sobre la misma, concebir lo cierto como caso límite de lo probable.

[5] P. ej.: puede concebirse que en un caso determinado alguien, ya sea por motivos atendibles o por puro capricho, se empeñe en pagar por una cosa un precio mayor que el que le quieren cobrar y, a la inversa, que el vendedor se empeñe en recibir un precio menor que el que le ofrecen; sin embargo, no cabe la menor duda de que esto sucederá a título excepcional y que, en la enorme mayoría de los casos, el proceso será inverso.

es (o será), sino que *debe ser*. El "ligamen" al que alude la ley no se encuentra aquí en el plano del ser (en alemán: *sein*), sino en el plano del deber (*sollen*). Es notorio que sólo la conducta humana en su libertad puede ser objeto de normación y que no tiene sentido predicar un deber ser de los fenómenos de la naturaleza (como si dijésemos, p. ej.: "Dado el otoño debe ser la caída de las hojas"). Empleamos a lo largo de esta obra la palabra *norma* para designar a "leyes" de esta índole. Hablamos así de normas morales, religiosas, jurídicas, técnicas, etcétera [6].

En el presente capítulo no nos interesan todas las especies de leyes comprendidas dentro del sentido amplio de la palabra "ley", sino solamente una especie de normas jurídicas: aquellas que tienen su origen en un proceso llamado *legislación*.

Ley es, pues, para la ciencia jurídica, *la norma jurídica general en cuanto originada en la legislación*, y de aquí que los autores suelen emplear por brevedad, la palabra ley para designar tanto a la *norma* como a la *fuente* de la que emerge, es decir, la legislación [7]. Nuestro tema se centra, pues, en la legislación.

18.1.3. Ley y costumbre

Hemos visto ya que entre los romanos, a la aparición de la *lex*, como forma de regular las relaciones humanas, precedió desde tiempo inmemorial, la costumbre, cuya autoridad continuó siendo muy grande aun mucho después de la legislación regular por los comicios. La ley supone, en efecto, un grado avanzado de organización, una desarrollada capacidad de abstracción y el dominio de la escritura, elementos que denotan una larga evolución anterior, cumplida íntegramente con las normas consuetudinarias. Las investigaciones sociológicas han confirmado este aserto hallando que, en todos los pueblos conocidos, la primera autoridad con imperio sobre los seres humanos fue la *costumbre*, esto es, un conglomerado de normas consuetudinarias que presentaba vertientes religiosas, morales y jurídicas. Los primeros jefes que destacaron sobre la base de sus funciones religiosas o mágicas no eran más que los ministros o ejecutores de las reglas consuetudinarias colectivas sagradas, encargados de recordar a todos las sanciones por su infracción y eventualmente de aplicarlas.

Pero sucede que, con esto, la primitiva costumbre empieza a encontrar *intérpretes* que aseguran su aplicación y que, al mismo tiempo, tienen una cierta influencia en su modificación y adaptación. Aparecen poco a poco *órganos* embrionarios de *gobierno*, de *justicia* y de *legislación*, cuyos contornos, borrosos en un principio, se van delineando cada vez con más nitidez en un proceso que va de la descentralización a la centralización.

En síntesis, las primeras normas jurídicas surgieron en forma espontánea, irreflexiva e inconsciente, expresándose en la costumbre primitiva. Recién en una etapa posterior comienza a intervenir la razón en la elaboración del Derecho. Se produce un tránsito de lo inconsciente a lo consciente cuando empiezan a aparecer órganos diferenciados y técnicos, con autoridad para interpretar, fijar y hasta modificar la costumbre, con lo que presenciamos el advenimiento de la legislación propiamente dicha, que tiende paulatinamente a predominar y a ir suplantando a la costumbre primitiva.

¿En qué consiste este tránsito? ¿En qué consiste la legislación, frente a la costumbre? ¿En qué relación se encuentran ambas fuentes obligatorias?

La norma consuetudinaria surge anónimamente del comportamiento colectivo; todos y cada uno, con su conducta, con su consentimiento y con su acatamiento, admiten su preexistencia y le dan renovada *vigencia* en cada acto. La comunidad (o, si se prefiere, el pueblo) es directamente la entidad creadora de la norma consuetudinaria, aunque, naturalmente, algunos determinados individuos han de ser, en cada caso, los ejecutores materiales de los actos o las sanciones. Pero estos individuos son, y pueden serlo, cualesquiera. Todos son, en la ejecución, *órganos* de la comunidad —en esto consiste la máxima *descentralización*— pero ninguno es especialmente órgano permanente, diferenciado y fijo.

Con la *jurisdicción* —del latín *iuris dictio*, acción de juzgar— primero, y con la *legislación* más tarde, se produce la *centralización*: aparecen órganos permanentes y diferenciados: el *juez* y el *legislador*. Lo característico es que incluso esta erección e institución de un órgano se hace sobre la base del *acatamiento colectivo*, de un consentimiento comunitario, en fin, de un mecanismo enteramente similar al que prestaba validez a la norma consuetudinaria dándole inmediata vigencia. La diferencia estriba solamente en que este acatamiento colectivo se ha mediatizado, ya que se pronuncia sobre los actos de los miembros de la comunidad por intermedio de órganos —el juez, el legislador—. Esta mediatización se hace aún más lejana si, además del legislador común existe una constitución y, por ende, un órgano constituyente al que se refiere el acatamiento general.

[6] Ver Cap. 13.

[7] Hecha esta salvedad, usaremos, no obstante, la palabra *ley* en el sentido usual que alude tanto a la norma como a la fuente de la que emana. Otras dos aclaraciones terminológicas: a) la voz *legislación* sirve también para designar a un conjunto de leyes (p. ej.: legislación indiana, legislación del trabajo); b) los cuerpos legislativos suelen dictar normas individuales (pensiones, honores), que sólo en un sentido formal pueden ser llamadas leyes.

La diferencia estriba, en suma, en lo siguiente: la norma consuetudinaria primitiva determina el *qué* de la conducta de los miembros de la comunidad, dejando indeterminado el *quién* al que incumbe la aplicación de sus normas. En el estadio de *centralización jurisdiccional* la norma consuetudinaria determina el *qué* de la conducta y también el *quién* de su aplicación al caso. En el estadio de *centralización legislativa* (o constitucional) la norma consuetudinaria determina el *quién* al que incumbe la formulación de las normas generales y deja indeterminado el *qué* de las mismas. Nos encontramos ahora no ya ante la comunidad —o el pueblo más o menos amorfo— y su derecho consuetudinario, sino merced a la organización y centralización, ante el Estado y su Derecho, es decir, un Derecho estrictamente estatal, en el sentido que emana de órganos del Estado [8].

Este tránsito de la costumbres a la legislación, es decir, esta delegación de la comunidad en órganos de potestad legislativa, puede ser todo lo plena y completa que se quiera; reconoce, no obstante, límites necesarios infranqueables. Por una parte, funcionando el acatamiento general como sustento mismo de la autoridad legislativa, *debe siempre admitirse la existencia de una norma consuetudinaria básica* que erige a dicha autoridad legisferante como tal y que ha sido traducida en el llamado *principio de efectividad* [9]. Por otra, siendo dicho acatamiento colectivo el fundamento de todo sentido objetivo de conducta, vale para todo caso o norma aislados lo que vale para el conjunto del ordenamiento. Esto significa que siempre puede ocurrir que dicho consentimiento comunitario dé a la conducta un sentido diverso al adjudicado por los órganos. En este caso predomina, desde luego, el sentido impuesto directamente por la comunidad y hablamos de desuso de la ley o de leyes que carecen del mínimo de vigencia que las convalide como tales.

En suma: toda norma jurídica recibe su vigencia y validez, su existencia misma como norma, de la "voluntad del pueblo", es decir, del consenso colectivo manifestado por el acatamiento público y común. En la costumbre este proceso es simple y directo.

[8] Sobre estos puntos, para una fundamentación iusfilosófica, ver VILANOVA, José, "Ideas para el esquematismo de los conceptos puros del Derecho", en *El Pensamiento Jurídico Argentino Actual*, Losada, Buenos Aires, 1955. Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio, *Crisis del Derecho y Crisis del Estado*, Reus, Madrid, 1935, págs. 75-76: "...conviene advertir que la existencia de un poder legislativo en realidad se apoya sobre la misma base que hace posible la formación de la costumbre; es decir, un cierto grado de asentimiento por parte de la sociedad, cuyo poder se transfiere".

[9] También si se acude al derecho internacional para fundar el derecho nacional de cada Estado, debe reconocerse la presencia del principio de efectividad como norma consuetudinaria positiva del derecho internacional general.

En la legislación está desdoblado; de él surge el carácter de órgano de la comunidad que asume el legislador, admitiéndose luego como válidas las normas por él establecidas, independientemente de su contenido. Esta admisión puede, sin embargo, no ser definitiva, ya que para cada norma determinada vuelve a jugar, a la postre, el principio de que es indispensable el acatamiento general fundamental [10].

18.2. DEFINICIÓN DE LA LEY

La *ley* es la norma general establecida mediante la legislación. Y la *legislación* es el establecimiento de normas generales por un órgano de la comunidad autorizado al efecto (legislador) en forma deliberada, reflexiva y consciente, es decir, por medio de la palabra (en principio, escrita).

Sintetizando dichos conceptos en una definición diremos: *la ley es la norma general establecida mediante la palabra por el órgano competente* (legislador) [11].

Nuestra definición consta de cuatro elementos: 1°) norma general; 2°) establecida; 3°) mediante la palabra; 4°) por el legislador. Si cualquiera de ellos falta, no existe en verdad una ley.

1°) *Norma general*. Es el *elemento material*, el sentido jurídico (genérico) de conductas que el juez o el intérprete buscan en la "fuente", esto es, en la legislación. Los tres elementos restantes constituyen el *elemento formal*, el acto de *legislación*, que falta en las normas consuetudinarias.

Cuando falta este elemento material, cuando la ley no expresa normativamente un sentido de conducta, se habla por los autores de *ley en sentido formal*, ya que existe el procedimiento o forma de la legislación pero sin su contenido jurídico, es decir, que no surge norma alguna [12]. Puede

[10] El establecimiento por el legislador —dado el carácter de órgano apoyado en el consentimiento comunitario de éste— confiere a cada ley cierta vigencia. Pero no basta con ella, pues podría ocurrir que si el legislador se apartase excesivamente de la realidad en dicho establecimiento, la comunidad en conjunto desconociese a la postre una ley cualquiera y ésta quedase como pura letra muerta.

[11] Ya hemos visto que legislador (o constituyente) es aquel que goza de general asentimiento para emitir normas generales, es decir, aquel del que emana un ordenamiento jurídico eficaz en su conjunto (principio de efectividad).

Goza aún de prestigio la definición de la ley que diera Santo Tomás en la *Suma Teológica* (I-II, Q. 90, art. 4°): "Precepto racional orientado hacia el bien común y promulgado por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad". La primera parte de la definición hace referencia a la norma jurídica, la segunda menciona procedimiento y *órgano* de la legislación, sin hacer referencia a la necesidad de la palabra, v. *supra*, pto. 9.4.1.

[12] Cómo arquetipo de procedimiento legislativo sin contenido jurídico alguno pode-

también ocurrir, caso más frecuente, que el resultado del procedimiento legislativo sea no una norma general, sino una norma individual, por ejemplo: otorgamiento de una pensión, voto de fondos para un homenaje o monumento, autorización al presidente para ausentarse del territorio del país, etcétera. La común denominación de "ley en sentido formal" para ambos casos induce a confusión, ya que en el primero de ellos falta todo contenido jurídico, mientras que éste existe en las normas individuales.

2°) *Establecimiento.* Establecida se encuentra una ley cuando se completa el procedimiento legislativo previsto por la constitución positiva. Este procedimiento varía, naturalmente, con el derecho positivo de cada país —veremos de inmediato el nuestro—, pero el procedimiento mismo no falta nunca. Esta forma es necesaria; ella determina la actividad del legislador *qua* legislador y el fin de la misma determina el momento de aparición de la ley frente a los actos meramente preparatorios. Mediante el establecimiento el legislador manifiesta inequívocamente su voluntad de que la norma en cuestión tenga vigencia en la comunidad.

Falta este elemento, por ejemplo, en las opiniones vertidas en las cámaras —aunque sean la expresión de una mayoría abrumadora de los legisladores y aunque hubiese unanimidad incluso—. Estas expresiones podrán ser invocadas más adelante como fuentes voluntarias, si se quiere, como expresión de la existencia de valoraciones vigentes y de opiniones concordantes, pero no como *ley* obligatoria.

3°) *Mediante la palabra.* La palabra —en rigor podría ser verbal pero de hecho nos encontramos con la palabra escrita— es esencial a la legislación. La norma establecida es una significación sobre conductas genéricas, expresada por el legislador mediante la palabra. El sentido genérico de conducta, que es la norma, se encuentra significado en las palabras de la ley.

Si falta la palabra no estamos ante una ley sino ante una costumbre. Puede ocurrir, en efecto, que incluso los legisladores, mediante la repetición de cierta conducta, procedan insensiblemente y en forma impremeditada al establecimiento de una norma consuetudinaria que rija el procedimiento legislativo (reunirse, p. ej., tales días y a tales horas, etc.).

4°) *El legislador.* Ya hemos visto detenidamente la figura de este *órgano* de la comunidad, constitutivo de la noción misma de legislación y

---

mos recordar una ley que votó una asamblea de la Revolución Francesa afirmando la existencia de Dios y la inmortalidad del alma (ley del 18 floreal del año II - 1794): *Le peuple français reconnait l'existence de l'être suprème et l'immortalité de l'âme.*

de ley. Hemos visto ya que el consentimiento comunitario erige este órgano, facultado para establecer normas generales de un contenido cualquiera [13], determinando, a diferencia de la norma consuetudinaria, un *quién* y dejando indeterminado el *qué* del contenido material de las normas generales.

La ausencia del legislador importa también la desaparición de la ley, ya que en el caso de normas establecidas por quien no revistiese ese carácter, no pasarían de ser opiniones doctrinarias, es decir, fuentes voluntarias y no obligatorias.

18.2.1. Consecuencias y aclaraciones marginales

De las definiciones que hemos dado (ley = norma general legislada; legislación = 1] establecimiento de esta norma general; 2] por un órgano competente; 3] por medio de la palabra), se infieren en forma directa algunas consecuencias o corolarios que constituyen otros tantos subtemas:

a) Ley en sentido material y ley en sentido formal

Ya hemos adelantado lo esencial sobre este punto. La ley en sentido propio tiene un elemento material (la norma general) y un elemento formal (la legislación). Si falta el primero de ellos, esto es, si aparece completo el procedimiento legislativo pero sin que surja de él la norma, entonces hablan los autores de *ley en sentido formal.* Esta denominación es aún confusa porque con la forma de la ley (legislación) puede darse: a) un contenido *jurídico*, pero que no sea una norma general, sino una norma individual (pensiones, autorizaciones, etc.); o b) un contenido absolutamente *ajurídico* (moral, religioso, etc.). En el primer caso debiéramos hablar, no de "leyes" sino de "normas individuales legisladas"; en el segundo, exclusivamente de un procedimiento legislativo [14].

[13] Esta afirmación, es bueno repetirlo nuevamente, debe entenderse con ciertas limitaciones. Las convicciones imperantes imponen al legislador ciertos límites, pasados los cuales la comunidad negará a su obra el asentimiento colectivo necesario.

Conviene repetir también que lo que se afirma en el texto es plenamente exacto, sin salvedad, en el caso de que se trate de un país de derecho constitucional consuetudinario. Si existe Constitución escrita (legislada), el legislador común es el que ésta señala y nuestra afirmación se desplaza al legislador constitucional. Si, a su vez, éste es un reformador que actúa según el procedimiento establecido en una Constitución anterior, nuestra afirmación vuelve a desplazarse para referirse, en última instancia, al primer constituyente.

[14] Cfr. DEL VECCHIO, G., *Filosofía...*, cit., T. I, pág. 541. También Kelsen critica la expresión; según él, ley en sentido material designa toda norma general, cualquiera sea su origen; ley en sentido formal en cambio designa ya sea la norma jurídica general originada en un correcto procedimiento legislativo, ya sea cualquier contenido que se presente con esta forma. La expresión "ley en sentido formal" es, por lo tanto, equívoca y sólo tiene un sentido preciso la expresión "forma legal" (KELSEN, H., *Teoría Pura...*, cit., pág. 150).

b) Ley en sentido amplio y en sentido estricto

Hemos dicho que la legislación proviene de un órgano competente. Es usual, sin embargo, que no sea uno solo el órgano autorizado por el ordenamiento jurídico para expedir normas generales sino que, por el contrario, sean varios los órganos, escalonados de acuerdo con el grado de generalidad. Así, dentro de una definición amplia de la ley —tal como la que hemos dado más arriba— deben comprenderse tanto las *leyes comunes* del Poder Legislativo (entre nosotros, el Congreso), como la *Constitución*, o "ley suprema" del Estado (emanada de una Asamblea o Poder Constituyente), los *reglamentos* emanados del Poder Ejecutivo, las *ordenanzas* municipales, etcétera. En un sentido más estrecho se reserva la palabra *ley* para la legislación ordinaria, esto es, para la emergente del órgano que tiene, en la distribución de funciones de los órganos del Estado, la misión regular y permanente de legislar, al que se denomina propiamente legislador o Poder Legislativo [15].

c) Las leyes en cuanto normas generales ("partes constitutivas" y "efectos" de las leyes)

Los autores suelen hablar de las *partes constitutivas* de la ley, a saber la *condición*, la *disposición* y la *sanción* o sea: 1) las condiciones de hecho a las cuales subordina la norma su aplicabilidad [16]; 2) aquello que la ley dispone, prescribe o "manda"; y 3) la sanción que acarrea el incumplimiento. Estos puntos, como es notorio, surgen de considerar la ley en cuanto *norma jurídica* y no en su carácter específico de ley. Son comunes tanto a la ley como a la norma consuetudinaria y su estudio corresponde hacerlo al tratar el tópico de la norma jurídica y sus elementos [17]. También corresponde tratar con alcance general la cuestión de las leyes (normas) permisivas, prohibitivas, declarativas, etcétera [18].

[15] Los autores tienden a ignorar u oscurecer el hecho de que el poder administrador también tiene competencia, de acuerdo con la Constitución, para expedir normas generales, ya sea reglamentarias de las más generales expedidas por el Poder Legislativo, ya sea con carácter autónomo. Trataremos este punto de los decretos de carácter general al ocuparnos del derecho administrativo, por lo que nos remitimos a lo que allí se dice (v. Cap. 24).

[16] Conforme, en lo sustancial, Del Vecchio: "...el imperativo jurídico es, en suma, un imperativo *hipotético*, dadas ciertas premisas, el Derecho impone consecuencias determinadas" (*Filosofía...*, cit., T. I, pág. 439) y Kelsen, cuya doctrina de la norma jurídica como juicio hipotético exponemos en otro lugar de esta obra (*supra*, Cap. 13).

[17] Véase Cap. 13.

[18] Suelen distinguir los autores leyes *imperativas, permisivas, prohibitivas, declarativas*, etc. Hoy, los progresos realizados por la lógica jurídica han clarificado extraordinariamente el tema. Basta para convenir en ello advertir lo siguiente:

1) Lo *prohibido* es lo contradictorio de lo *permitido*. Prohibido es lo que no está permitido. Prohibir un acto es, por lo tanto, no permitirlo. Así, "prohibido matar" equivale a "no permitido matar". El símbolo *Prh. a = no Pa.*

2) *Obligatorio* es un acto cuyo contradictorio está prohibido. Así, decir que "es obligatorio pagar los impuestos" equivale a decir que "es prohibido no pagarlos". En símbolos: *O a = Prh. no a.* Pero como "prohibido" es, según hemos visto sub 1), equivalente a "no permitido", podemos también decir que *O a = no P (no a).* Es decir que un acto es obligatorio cuando no está permitido su contradictorio. Así, afirmar que "es obligatorio pagar impuestos" equivale a decir que "no está permitido no pagarlos".

Basado en estos conceptos (puestos definitivamente en claro por WRIGHT, G. H von en su artículo "Deontic logic", en la revista *Mind*, enero 1951, y en su libro *An Essay in Modal Logic*, Amsterdam, 1951), que hacemos nuestros (hemos usado, no obstante, una simbolización heterodoxa pero elemental con el objeto de no complicar inútilmente al lector) puede decirse sin duda alguna que *toda ley, ya parezca "imperativa"* (que establece obligaciones), *"prohibitivas"* (que establece prohibiciones), o *"permisiva"*, establece en suma la permisión (o la *no permisión*) de actos.

18.3. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Para que haya legislación, lo hemos dicho, es necesario un órgano competente (legislador) que por medio de la palabra establezca una norma general. Pero para que se produzca este establecimiento, también lo hemos dicho, es necesario que se cumpla todo un procedimiento al cabo del cual existe la nueva ley. Este formalismo exterior o ritual —siempre necesario— varía, sin embargo, para cada derecho positivo, así como varía, por ejemplo, la constitución y estructura del Poder Legislativo: ambos temas, la constitución del órgano y el procedimiento legislativo, constituyen materia propia del derecho positivo constitucional de cada Estado.

En general, en el proceso de formación de las leyes pueden distinguirse las cinco etapas siguientes: a) *iniciativa*; b) *discusión*; c) sanción; d) *promulgación*; e) *publicación*. Conviene estudiarlas con especial referencia a nuestro derecho constitucional, en la Constitución de 1853, y sus reformas [19], por más que se admite, en general, que en este punto la Constitución debería ser modernizada.

a) *Iniciativa*. La iniciativa consiste en la facultad (y el hecho) de proponer una ley al Poder Legislativo para su discusión y eventual sanción.

En algunos cantones suizos la facultad corresponde a cualquiera de los reunidos en asamblea popular [20]. En los Estados españoles de la Edad

[19] Huelga decir que, en tiempos de gobierno *de facto*, el proceso legisferante no se ajusta a los textos de la Constitución de 1853.

[20] Algunos cantones suizos mantienen una institución, la *Landsgemeinde*, que implica el ejercicio de un sistema de democracia pura, sin representantes. La *Landsgemeinde*, consiste fundamentalmente en la congregación de los ciudadanos en asamblea a los

Media los "procuradores" o representantes de las ciudades y villas solicitaban del rey, en las Cortes, que se dictasen leyes determinadas. En las modernas repúblicas constitucionales, como ocurre entre nosotros, la iniciativa de la ley puede partir de cualquiera de las dos Cámaras del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo. Los ciudadanos pueden también dirigir peticiones al Congreso (*iniciativa extraparlamentaria*), o ejercer el derecho de iniciativa que prevé el artículo 39.

El artículo 77 de nuestra Constitución reglamenta la iniciativa en los siguientes términos: *Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, con proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución* (que reserva a la Cámara de Diputados la iniciativa de las leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas).

La excepción relativa al artículo 52 se justifica porque el Senado tiene una representación igualitaria por provincia, en cambio, los diputados se eligen en proporción a la población, por lo cual se sostiene que representan "al pueblo" mientras que los senadores representan a la "Nación". En esas condiciones se estima que el pueblo mismo debe asentir a la imposición de los tributos, ya sea pecuniarios o de sangre, puesto que él los proporciona. Como precedente citaremos los Estados españoles del medioevo, donde los procuradores de las ciudades, reunidos en Cortes, aprobaban las contribuciones que podía cobrar el soberano; también en Inglaterra solamente a la Cámara de los Comunes corresponde legislar sobre impuestos.

El Poder Ejecutivo remite sus proyectos en un *mensaje* firmado por el Presidente y el ministro a quien pertenece el proyecto, y dirigido a cualesquiera de las dos Cámaras. Esta facultad del Poder Ejecutivo, mediante la cual coparticipa de la función legislativa, es un ejemplo demostrativo de que el principio de la separación e independencia de los poderes no es un principio absoluto.

En nuestro país el Poder Judicial no tiene iniciativa de ley, como ocurre en algunas repúblicas americanas —donde se le concede este derecho para todo lo concerniente a asuntos judiciales— para evitar que se mezcle en cuestiones de orden político. La misión del Poder Judicial debe limitarse a aplicar las leyes tal como son, o a declararlas inconstitucionales si

efectos del ejercicio directo de la función legislativa por el pueblo. Existe también otra institución de democracia directa, el *referendum popular*, adoptada por otros cantones suizos y por Estados de la Unión americana, y que constituye, en cierto modo, una adaptación técnica de la *Landsgemeinde* a las grandes ciudades modernas. En el *referendum* los ciudadanos, en vez de congregarse para deliberar, votan separadamente en todo el territorio, aprobando o rechazando las leyes confeccionadas por sus representantes.

violan la Constitución. Para asegurar la rectitud, imparcialidad e independencia de los magistrados es indispensable alejarlos de las luchas partidarias inherentes a los actos de las asambleas legislativas.

b) *Discusión*. La discusión de la ley sólo puede realizarse por el Poder Legislativo, y se hace siguiendo los preceptos de los reglamentos internos de éste, que tienden a hacer más eficaz la labor parlamentaria facilitando la tramitación que debe seguir un proyecto para ser aprobado.

Dos partes comprende la tramitación normal de todo proyecto, establecida en el artículo 78 de la Constitución, donde nos interesa estudiar este proceso: *Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara.*

Con excepción de los casos en que la Cámara decide tratar un proyecto *sobre tablas* —esto es, inmediatamente—, la aprobación de un proyecto se produce sólo después de *leído, fundado* verbal y brevemente por su autor, remitido al estudio de una *comisión* (si ha sido apoyado a lo menos por dos miembros de la Cámara), *despachado* por la comisión, puesto en el *orden del día, discutido* en general y en particular y *aprobado* por la mayoría requerida. Envíase a la otra Cámara, que lo remite a comisión y después lo discute y aprueba en la misma forma.

Prosigue el artículo 78: *...Aprobado por ambas, pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para su examen; y si también obtiene su aprobación, lo promulga como ley.*

El Poder Ejecutivo tiene, pues, otra participación en la facultad legislativa: su misión no es sólo la de ejecutar y hacer cumplir las leyes, sino de hacerlo con su voluntad y consentimiento, si las estima convenientes al país, fundadas en la Constitución y no contrarias a sus propias doctrinas o propósitos de gobierno [21].

El artículo 78 se ocupa del procedimiento legislativo cuando los proyectos han sido rechazados, corregidos o adicionados en la Cámara revisora que los discute en segundo término: *Ningún proyecto de ley desechado totalmente por una de las Cámaras, podrá repetirse en las sesiones de aquel año.*

Se quiere con esto que nuevas luces puedan venir a aclarar su sentido, o que en ese tiempo la reflexión de sus actores les demuestra su inconveniencia, o cambien las circunstancias que impusieron su desaprobación. No basta que el proyecto no sea repetido tan sólo en la forma: es menester

[21] Cfr. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, 11ª ed., Buenos Aires, pág. 509.

que el fondo no sea el mismo porque, caso contrario, bastaría el cambio de redacción para burlar el precepto constitucional.

Artículo 81: ...*Ninguna de las Cámaras puede desechar totalmente un proyecto que hubiere tenido origen en ella y luego hubiese sido adicionado o enmendado por la Cámara revisora.*

Aprobadas las correcciones o adiciones por la Cámara de origen nos encontramos, como en el caso del artículo 78, con un proyecto aprobado por ambas Cámaras, que pasa a examen del Poder Ejecutivo.

Artículo 81: ...*Si el proyecto fuere objeto de adiciones o correcciones por la Cámara revisora, deberá indicarse el resultado de la votación a fin de establecer si tales adiciones o correcciones fueron realizadas por mayoría absoluta de los presentes o por las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen podrá por mayoría absoluta de los presentes aprobar el proyecto con las adiciones o correcciones introducidas o insistir en la redacción originaria, a menos que las adiciones o correcciones las haya realizado la revisora por dos terceras partes de los presentes. En este último caso, el proyecto pasará al Poder Ejecutivo con las adiciones o correcciones de la Cámara revisora, salvo que la Cámara de origen insista en su redacción originaria con el voto de las dos terceras partes de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la Cámara revisora.*

Las razones para exigir en estos casos la mayoría de los dos tercios se fundan en la necesidad de mayor suma de opinión para contrarrestar la influencia de la otra Cámara y de poner término a una serie interminable de correcciones y de enmiendas, y cortar la posibilidad de graves choques y resentimientos entre las dos ramas del Congreso. Resulta de este mecanismo una *ventaja real para la Cámara iniciadora sobre la revisora* porque puede, con los dos tercios de los votos de los legisladores presentes en la sesión, imponer la aprobación del proyecto original [22].

c) *Sanción.* La sanción de la ley consiste en su aprobación por el Poder Legislativo en su conjunto. Entre nosotros, que tenemos un sistema bicameral, la sanción legislativa se concreta en el acto de firmar los presidentes de ambas Cámaras el decreto de aprobación de la ley [23].

[22] Cfr. GONZÁLEZ, J. V., *Manual...*, cit., pág. 509.

[23] El art. 84 de la Const. Nac. establece: *En la sanción de las leyes se usará de esta fórmula:* El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso..., sancionan con fuerza de ley.

d) *Aprobación por el Ejecutivo. Derecho de veto. Promulgación.* Sancionada una ley por el Congreso, pasa para su aprobación al Poder Ejecutivo. Éste, si bien no es parte en la discusión y sanción de la ley, interviene (aparte de sus derechos de iniciativa) en la formación de la misma por su *derecho de veto* —del latín *veto*, prohíbo— o sea, la facultad de negar su aprobación a la ley sancionada por el Poder Legislativo, impidiendo de este modo su establecimiento definitivo. En los Estados monárquicos este derecho puede ser absoluto; pero en la mayoría de los modernos Estados constitucionales es *relativo.* Es lo que sucede entre nosotros, donde el veto está regulado por la Constitución, en el artículo 80.

Las cláusulas 1ª, 2ª y 3ª del artículo 83 de nuestra Constitución establecen lo siguiente con relación al veto: *Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo, vuelve con sus objeciones a la Cámara de su origen; ésta lo discute de nuevo, y si lo confirma por mayoría de dos tercios de votos, pasa otra vez a la Cámara de revisión. Si ambas Cámaras lo sancionan por igual mayoría, el proyecto es ley y pasa al Poder Ejecutivo para su promulgación. Las votaciones de ambas Cámaras serán en este caso nominales, por* sí *o por* no, *y tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa. Si las Cámaras difieren sobre las objeciones, el proyecto no podrá repetirse en las sesiones de aquel año.*

Si el Poder Ejecutivo decide desechar un proyecto debe devolverlo dentro del término de diez días hábiles (art. 80): *Se reputa aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto en el término de diez días útiles.*

La devolución debe hacerse por un escrito o mensaje que ilustre al pueblo acerca de las doctrinas o fundamentos de la negativa. Importa abrir nuevamente el debate pero limitado a dos votaciones —una en cada Cámara— que deben decidirse por dos tercios de votos para que el proyecto sea promulgado. En el caso en que las Cámaras difieran sobre las objeciones, nos hallamos en presencia del mismo caso de un proyecto ordinario desechado totalmente en una Cámara. El objeto de esta medida es que la opinión, el estudio o los sucesos traigan en el siguiente período nuevos elementos para resolver el asunto o el conflicto que se ha producido. La disconformidad entre las dos Cámaras habrá demostrado que la idea necesitaba mayor madurez o que el Poder Ejecutivo tenía en su seno influencia bastante para impedir la sanción y contrarrestar su poder [24].

Como principio el Poder Ejecutivo no puede vetar parcialmente una ley y promulgar la parte restante. No obstante, tiene esa facultad si ...*las partes no observadas... tienen autonomía normativa y su aprobación*

[24] Cfr. GONZÁLEZ, J. V., *Manual...*, cit., págs. 512 y sigs.

parcial no altera el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso... (art. 80). En este caso, el veto parcial debe ser examinado por el Congreso con el mismo procedimiento previsto para el examen de los decretos de necesidad y urgencia (ver art. 99, inc. 3°) [25].

Las reglas enunciadas pueden resumirse en los cuadros siguientes [26].

FORMACIÓN DE LAS LEYES (Procedimiento legislativo)
Sanción legislativa

Caso	Cámara de origen	Cámara revisora	Resultado
1° (art. 78)	Aprueba	Aprueba	Pasa al Poder Ejecutivo Nacional
2° (art. 81)	Desecha totalmente	....	No puede repetirse en las sesiones de ese año
	Aprueba	Desecha totalmente	
3° (art. 83)	Aprueba	Lo aprueba con modificaciones por mayoría absoluta	Vuelve a la Cámara de origen, ésta puede aprobar las modificaciones o insistir en la redacción original por 2/3. En ambos casos pasa al Poder Ejecutivo Nacional, si no reúne los 2/3 pasa al Poder Ejecutivo Nacional la versión modificada

[25] La CSJN tuvo oportunidad, no obstante, de pronunciarse sobre el punto *in re* "Giulitta, Orencio y otros c/Gobierno nacional" el 29-III-1941. El alto tribunal resolvió que en nuestro régimen constitucional existe el veto parcial, apoyando dicha conclusión en la redacción del párr. 1° del art. 72 (actual art. 83): *Desechado en el todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo...* (*L.L.*, 22-54). Cfr. SAMPAY, Arturo E., "El derecho de veto parcial en la Constitución Nacional", *L.L.*, 5-VI-1940, quien de acuerdo con Eisenmann, Kelsen y Darin, considera que por el derecho de veto el Ejecutivo participa de la función legislativa.

[26] Los números entre paréntesis indican el artículo de la Constitución que rige la hipótesis.

PARTICIPACIÓN DEL PODER EJECUTIVO

El Poder Ejecutivo Nacional	Resultado
Promulga expresa o tácitamente (art. 80)	Es ley
Promulga parcialmente (art. 80) –solo si las partes promulgadas tienen "autonomía normativa"–	Se aplica el procedimiento del art. 99, inc 3° (decreto de necesidad y urgencia), o sea se lo somete a la consideración de la "Comisión Bicameral Permanente"
Observa (veta) totalmente (art. 83)	Vuelve a la Cámara de origen con las observaciones del Poder Ejecutivo Nacional. Si esta insiste por mayoría de 2/3 pasa a la Cámara revisora, si esta también insiste por 2/3 pasa al Poder Ejecutivo Nacional para su promulgación obligatoria

En resumen: para que exista una ley no basta la sanción del Poder Legislativo; se requiere además la aprobación expresa o tácita del Poder Ejecutivo. La aprobación expresa del Poder Ejecutivo se pone de manifiesto en la *promulgación* que es el nombre que recibe el *decreto* por el cual el Poder Ejecutivo manda cumplir la ley. Sirve para establecer de un modo cierto la existencia de la ley, para darle carácter auténtico y hacerla ejecutoria al expresar la necesaria conformidad del Poder Ejecutivo con lo sancionado por el Legislativo.

e) *Publicación.* La promulgación de la ley no basta, según la doctrina uniforme de los autores y la jurisprudencia, para hacerla obligatoria; es necesaria además la *divulgatio promulgationis*, esto es la publicación que la lleve a conocimiento de todos los habitantes del país. Por lo mismo que el artículo 19 de la Constitución establece que: *...Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que*

ella no prohíbe..., es indispensable que las normas legales puedan ser conocidas y para eso es necesaria su publicación. Por ello, el Código Civil establece en su artículo 2°: *Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial.*

Aunque esta disposición contenida en nuestro Código Civil no tiene sino jerarquía legal y desde este punto de vista podría ser válidamente modificada por otra ley, se entiende que en su primera parte contiene un principio general —el de que las leyes no son obligatorias sino después de su publicación— obligatorio para el mismo legislador.

Entre nosotros la publicación de la ley se efectúa insertándola en el *Boletín Oficial* [27], después de lo cual se reputa conocida por todos. Ciertamente, esto es una ficción; en la realidad el conocimiento de las leyes no se adquiere en nuestra época en el *Boletín Oficial*, que nadie lee, sino por la difusión de los diarios y su lectura. Pero en la imposibilidad de hacer una notificación individual a cada persona, esa ficción es necesaria puesto que ella permite tener un día fijo como punto de partida para establecer desde cuándo rige una ley. La publicación de las leyes, decía Portalis, tiene por objeto no tanto hacer conocer la ley como fijar un día desde el cual se la considerará conocida.

Una vez publicada la ley, ésta es obligatoria, conforme a lo establecido en el artículo 2° del Código Civil transcripto, a partir del plazo fijado en la misma o del plazo de ocho días mencionado en esa norma. Transcurridos estos plazos legales de vacancia (*vacatio legis*) la ley se reputa conocida por todos (*nemo ius ignorare censetur; erro iuris nocet*). Es lo que establece nuestro Código Civil en sus artículos 20 y 923; artículo 20: *La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley*; artículo 923: *La ignorancia de las leyes o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos.*

27 El régimen de la publicación de las leyes ha tenido, entre nosotros, algunas alternativas; pero se mantiene, en carácter de principio general, la norma de que la publicidad en el órgano oficial es requisito para la obligatoriedad de las leyes.

A ese principio general cabe formular dos observaciones:

1ª) El Poder Ejecutivo puede recurrir a formas excepcionales de publicación como, p. ej., la *ley marcial*, cuando se da a conocer por *bandos*; o el de las disposiciones sobre *precios máximos*, que suelen difundirse por medios especiales.

2ª) Algunos fallos del Poder Judicial se han inclinado a admitir que, atento a los medios actuales de divulgación (radio, telégrafo, diarios, etc.), procede en ciertos casos admitir que las leyes se encuentran en vigor a partir de su promulgación (difundida ampliamente por tales medios) sin esperar a su publicación en el órgano oficial. (Rep. *L.L.*, 1946-VII-694; IX-727; X-674).

Esta suposición de que las leyes debidamente promulgadas y publicadas son conocidas por todos los habitantes del país constituye una *ficción*, que el legislador ha establecido con el carácter de una *presunción legal* por razones de interés general. Si los particulares pudieran, en efecto, eludir el cumplimiento de la ley con el pretexto de su ignorancia, desaparecería la seguridad jurídica y la estabilidad en las transacciones. Cabe reconocer, sin embargo, que la ficción legal de que nos ocupamos importa frecuentemente, de hecho, una injusticia, en especial en relación a las clases más pobres, de inferior cultura jurídica [28].

En los tiempos presentes, en que la expansión de las actividades del Estado ha multiplicado las regulaciones legales —al punto de generar una verdadera "inflación" legislativa—, el problema se ha agudizado. La única manera de paliarlo consiste en que el legislador extreme la preocupación por expresarse con máxima precisión y arreglo a una buena técnica legislativa, aclarando bien qué normas deroga y efectuando todas las remisiones sistemáticas que resulten necesarias. Se impone también que toda vez que se introduzcan modificaciones e intercalados en leyes orgánicas, el legislador se tome el trabajo de suministrar "textos ordenados" [29].

Para terminar con el tema de la publicación de las leyes, señalaremos que en algunos casos ésta puede omitirse. Es lo que acontece con las denominadas *leyes secretas*, admisibles porque su divulgación podría perjudicar los destinos de la República y, además, porque no imponen obligaciones a la generalidad de los habitantes. Según González Calderón, su existencia fluye de que las Cámaras pueden celebrar sesiones secretas para tratar graves asuntos de Estado [30].

28 Alfredo L. Palacios señaló, hace ya tiempo, que: "Las leyes contienen fórmulas esotéricas para el pueblo. Necesitan intérpretes y los intérpretes cuestan caros. La complicación desesperante del enorme mecanismo que administra justicia sólo favorece a los ricos con detrimento de los pobres" (PALACIOS, Alfredo L., *El Nuevo Derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, pág. 50).

29 Cfr. GNECCO, Emilio P., "Algunas reflexiones acerca de la elaboración de las leyes", *L.L.*, del 21-XIII-1978; AFTALIÓN, Enrique R., Prefacio a *Derecho Penal Aduanero*, de DI FIORI, José L. - FERRO, Carlos A. - DI FIORI, Jorge L., Depalma, Buenos Aires, 1976.

30 Así lo ha reconocido, en efecto, la CSJN en el famoso caso "L. de la Torre" (*Fallos*, 19:234-41). Cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, J. A., *op. cit*, T. III, pág. 43; GONZÁLEZ, J. V., *Manual...*, cit., pág. 508; SAGÜÉS, Néstor P., *Las Leyes Secretas*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

18.4. DEROGACIÓN DE LA LEY. LA *DESUETUDO*

Derogar una ley significa, en términos generales, dejarla sin efecto. El tema se conecta, por lo tanto, con otro más amplio, a saber, el de la vigencia de las normas jurídicas y su temporalidad ¿cuándo y por qué pierde una norma jurídica su vigencia y deja de ser exigible su cumplimiento?

Conviene descartar, en primer lugar, aquellos casos en que una norma determina un limitado ámbito de validez material y/o temporal: por ejemplo, una norma que dispone un gasto, o la ejecución de ciertos festejos para un día determinado, o que establece una obligación durante un lapso predeterminado (p. ej.: un impuesto de emergencia). En estos casos, cumplidos los hechos o transcurridos los días contados, la norma cesa, naturalmente, de aplicarse. Pero éste no es un caso de *derogación* de la norma, sino *de agotamiento de su campo* (material, personal o temporal) *de validez*.

Si descartamos dichos casos en que la norma no pierde vigencia sino que, por el contrario, la alcanza al máximo concebible al cumplimentarse por completo el ámbito de su validez, enfocaremos correctamente nuestro tema a partir de las reflexiones siguientes:

Es menester tener presente que las normas no se encuentran aisladas sino formando un "sistema": el ordenamiento jurídico. Toda conducta recibe de él un sentido jurídico. Surge de aquí con evidencia que la supresión de una norma jurídica significa siempre su reemplazo por otra. ¿Cómo se lleva a cabo este reemplazo de una norma por otra? Si limitamos la cuestión al plano de las normas generales y a la ley y la costumbre como fuentes principales de las mismas [31], advertiremos que lógicamente se dan cuatro posibilidades y nada más que cuatro: a) una norma legal es reemplazada por otra norma legal; b) una norma legal es reemplazada por una norma de origen consuetudinario; c) una norma consuetudinaria es reemplazada por una norma legal; d) una norma consuetudinaria es reemplazada por otra norma consuetudinaria. Las dos primeras hipótesis corresponden a nuestro acápite y deben ser tratadas aquí; en cuanto a las dos últimas, no ofrecen mayores dificultades [32].

[31] . La jurisprudencia debe desenvolverse dentro de los marcos dados por la ley o la costumbre, si bien no cabe desconocer que ella va especificando dichos marcos generales y aunque puede formarse una jurisprudencia de carácter deformante que vaya dejando de lado algún texto legal hasta sustituirlo por una verdadera costumbre judicial.

[32] En la exposición circunscribimos el tema a las normas generales. Proyectado sobre las normas individuales tenemos la interesante cuestión de la *cosa juzgada*. La doctrina tradicional considera que uno de los caracteres o efectos esenciales de la *sentencia* es su *inderogabilidad* admitiendo, en cambio, la plena validez del aforismo *lex posterior derogat priori* en el plano de las normas generales. Esteban Ymaz, en un importante estudio de fundamento egológico, ha puesto de relieve hace ya tiempo, las siguientes conclusiones: 1°) todas las normas jurídicas son, por esencia derogables; 2°) la institución de la cosa juzgada no consiste, pues, en la inmutabilidad de cierta norma jurídica (individual), sino en la prohibición de derogarla; 3°) esta prohibición es inoperante respecto de la derogación espontánea cumplida por vía consuetudinaria; 4°) dicha prohibición puede en cambio actuar eficazmente inhibiendo al órgano competente de proceder a una derogación reflexiva, es decir, inhibiendo al juez de dictar una nueva sentencia con desprecio de dicha prohibición legal (YMAZ, E., *La Esencia...*, cit.).

a) *Derogación de una ley por otra*. En un sentido amplio, como ya hemos visto, *derogar* una ley significa dejarla sin efecto, sea que se la reemplace por otra o no. Suelen distinguirse, sin embargo, hasta cuatro variantes dentro de este concepto general: 1) *derogación* en sentido estricto: la ley nueva se limita a suprimir parte de la anterior; 2) *modificación*: la ley nueva deja sin efecto parte de la ley anterior, pero reemplazando ese texto por uno nuevo; 3) *abrogación o derogación total*: la ley nueva deja totalmente sin efecto la ley anterior; 4) *subrogación*: la ley nueva no sólo deja sin efecto totalmente la anterior, sino que la sustituye por un nuevo texto. Estas distinciones no tienen sin embargo, mayor importancia, y tanto en la práctica como en la doctrina tiende a imponerse el uso indistinto de la palabra "derogación" para todos los supuestos.

La facultad de derogar la ley corresponde, en principio, al mismo poder que la dictó. En este sentido, el Código Civil establecía en su artículo 17, primera parte, que *las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes* [33]. La ley 17.711, con un criterio realista respecto del papel que le cabe a la costumbre en la derogación de las leyes (*desuetudo*) suprimió este texto legal.

[33] Para la aplicación de este principio debe tenerse presente el orden jerárquico de los poderes creados por la Constitución y la doble legislación existente en nuestro país, nacional y provincial, como consecuencia del régimen federal que nos rige. De aquí las siguientes reglas:

1°) la Constitución de la Nación o de cada provincia sólo puede ser derogada, en todo o en parte, por una convención constituyente;

2°) las leyes nacionales o provinciales sólo pueden ser derogadas por el respectivo Poder Legislativo;

3°) los decretos nacionales o provinciales sólo pueden ser derogados por el respectivo Poder Ejecutivo;

4°) las ordenanzas municipales sólo pueden ser derogadas por la municipalidad que las hubiese dictado.

Debe advertirse, sin embargo, que tanto en el orden nacional como provincial, una ley podría quedar derogada por una disposición constitucional y un decreto por una nueva ley. En tal caso, las disposiciones de uno de los poderes vienen a quedar derogadas por las emanadas de un poder superior (SALVAT, R., *Tratado..., Parte General...*, cit., pág. 137).

La derogación de las leyes puede ser *expresa* o *tácita*. Es expresa cuando la misma ley la establece, y tácita cuando, sin estar expresamente establecida, resulta de la incompatibilidad entre una ley anterior y otra posterior (*lex posterior derogat priori*), ya sea que la nueva ley nada diga sobre el punto, ya sea que, lo que es bastante frecuente en nuestro Derecho, la nueva ley contenga la declaración genérica de que quedan derogadas todas las disposiciones anteriores contrarias a la que se dicta. En ambos casos, en efecto, es necesario confrontar las normas y sólo en caso de formal contradicción entre ambas se podrá llegar a desechar la aplicación de la anterior. El principio de la derogación tácita se basa, en efecto, en una aplicación del principio lógico de no contradicción al ámbito jurídico ya que la ciencia jurídica estructura el ordenamiento como un sistema lógico del que queda excluida la contradicción, por lo que no se admite la validez de dos reglas contradictorias sobre la misma conducta [34].

b) *Derogación de una ley por la costumbre (desuetudo).* Suele distinguirse el desuso de la ley (*desuetudo*) de la formación de una costumbre contraria a la ley (*costumbre abrogatoria*); pero en rigor ambos casos son idénticos, ya que la inobservancia sostenida de una ley por los miembros de la comunidad y por los órganos encargados de aplicarla significa, evidentemente, la formación de una costumbre contraria a dicha ley puesto que los hechos de conducta que según la ley debieran tener, por ejemplo, el signo de ilicitud, tienen, al prescindirse de ella, el signo de la licitud o viceversa.

El caso de la *desuetudo* es uno de los puntos en que hace crisis la doctrina tradicional que identifica el Derecho con la ley, es decir, con las normas emanadas de autoridad competente. Tal doctrina no tiene más remedio que negar el fenómeno mismo de la *desuetudo*, si quiere ser fiel a su punto de partida. Esta conclusión es reforzada a menudo por disposiciones legales que pretenden establecer expresamente la inoperancia de la costumbre frente a la ley. Es lo que ocurría con el artículo 17 de nuestro Código Civil: *Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos.* El nuevo texto del artículo 17 dice: *Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.* Se suprimió la inútil prohibición de la *desuetudo*, aunque se sigue intentando limitar o restringir legalmente el papel creador, y modificador del Derecho que tiene la costumbre. Estas limitaciones en definitiva no pueden

[34] Ver *supra*, 14.1.1. y 14.6.2.

pasar de ser una expresión de deseos o una ideología que limita la tarea de los jueces, porque, como se verá en el Capítulo 19, la costumbre es fuente del Derecho al igual que la ley; por ende, ésta no puede proscribir a aquélla.

Apoyada en textos legales como el que originariamente tenía el artículo 17 u otros semejantes, la doctrina generalizada suele negar a la costumbre el poder de derogar la ley. Esta conclusión, aparte de conducir a resultados absurdos o ridículos [35], se basa en una nueva aceptación dogmática de la ley y en un rechazo igualmente dogmático de la costumbre. Pero esa aceptación dogmática da por supuesto precisamente, lo que se trata de investigar: al invocar una disposición legal para rechazar la costumbre abrogatoria ya se ha tomado evidentemente partido por la ley en contra de la costumbre.

Una correcta y desprejuiciada indagación sobre el tema nos debe llevar a resultados diametralmente opuestos a los de la doctrina imperante, es decir, *a admitir la desuetudo sin limitaciones*. Una fundamentación más detallada de esta afirmación se verá al estudiar sistemáticamente la costumbre. Entretanto puede ya abonarla lo que hemos dicho al estudiar la ley y la costumbre [36] si recordamos que *la ley misma se fundamenta en la costumbres*, es decir, en la aceptación que hace la comunidad: 1°) del papel del legislador en general, acatando en general lo dispuesto por él; 2°) del contenido de sus diversas leyes, al acatarlas. De modo que, en suma, toda disposición legal se encuentra sometida a la siguiente disyuntiva; *o existe un acatamiento consuetudinario general* (ya sea por la conducta de los obligados o por la conducta de los órganos encargados de aplicar la sanción) y en este caso la ley tiene vigencia, *o no existe tal acatamiento* y en este caso la ley no tiene vigencia. La falta de vigencia de una ley puede darse desde un principio (se dice entonces que la ley es *letra muerta*) o puede darse después de algún tiempo en que la ley ha tenido efectiva vigencia pero la pierde en virtud del cambio de las circunstancias sociales y las convicciones imperantes (es lo que con más exactitud se llama *desuetudo*).

Nuestra tesis, fundamentada así sumaria y coherentemente con una concepción unitaria del Derecho como conducta, explica lo que la tesis

[35] Lo ha señalado hace ya tiempo Josserand, quien puso el ejemplo de los fumadores en Francia: de no admitirse la fuerza abrogatoria de la costumbre *contra legem*, incurrirían en disposiciones penales, ya que las establece una ordenanza de 1634 que no ha sido abrogada expresamente en ningún momento (JOSSERAND, Louis, *Cours de Droit Civil Positif Français*, T. I, 2ª ed., Paris, 1932, pág. 73).

[36] V. *supra*, 18.1.3.

legalista no consigue hacer, a saber el hecho mismo de la *desuetudo*, el dato que, efectivamente, nos encontramos a menudo con normas legisladas que no tienen vigencia y que no han sido, sin embargo, derogadas por otra ley sino por la simple práctica generalizada. Los casos, aunque no excesivamente frecuentes pueden, sin embargo, señalarse perfectamente y son suficientes para una adecuada teorización [37].

Algunos ordenamientos legales reconocen expresamente el poder de la costumbre no sólo para reglar los casos no contemplados expresamente en las leyes y para interpretar las disposiciones de éstas, sino también para derogar las leyes. Así lo establecía por ejemplo, la Ley de Partida (ley 6, Tít. 2, Part. 1ª). Pero un reconocimiento legal expreso de este tipo, aparte de innecesario, puede considerarse inconveniente [38] desde el punto de vista de una buena política legislativa, ya que puede alentar la falta de respeto por la ley escrita. Refiriéndonos a la pretérita legislación indiana, por ejemplo, es notorio que la falta de aplicación de un buen número de sus más humanitarios y sabios preceptos se debió a la formación de costumbres abrogatorias.

18.5. CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES

Diversas clasificaciones. Ya hemos visto en este capítulo lo relativo a las leyes en *sentido formal* y en *sentido material* y a las leyes en *sentido amplio* y en *sentido estricto*. Hemos visto también la clasificación aparente de las leyes en *permisivas, prohibitivas, imperativas y declarativas* que emana de la redacción de las mismas (v. nota 18).

[37] La doctrina tradicional, que identifica simplemente ley y Derecho, se limita a considerar estos casos críticos como hechos "contrarios a Derecho" o como meros hechos ajenos a lo jurídico. Veamos algunos: 1°) en la Constitución de 1853 existe una disposición (art. 24) que establece: *El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.* Pese a tan expresa disposición constitucional, su última parte (juicio por jurados) nunca tuvo principio alguno de aplicación que nos permita inducir que tuvo el mínimo de vigencia necesario para considerarla como norma positiva. Por el contrario, un fuerte movimiento de opinión contrario al juicio por jurados deparó a esta disposición el extraño destino de ser *letra muerta*; 2°) las disposiciones que contiene sobre derecho marítimo nuestro Código de Comercio están, como lo reconocen la totalidad de los autores, a tal punto anticuadas —corresponden al tiempo de la navegación a vela—, que en su mayoría no tienen ninguna aplicación. Se impone la necesidad de una reforma que actualice la legislación sobre la materia, pero entretanto la reforma no se produce, es necesario admitir la *desuetudo*; 3°) la Ley de Matrimonio Civil (año 1889) disponía en su art. 118 que su texto quedaba incorporado al Código Civil, "arreglándose la numeración que corresponda a los artículos". Normativamente debió cambiarse la numeración de 3.800 artículos del Código Civil.

[38] Es la opinión sintetizada por Cruet en una *boutade* que recordó Josserand: "...Sí, es verdad que el desuso mata a las leyes, pero es preferible callarlo" (CRUET, Jean, *La Vie du Droit et l'Impuissance des Lois*, pág. 258, citado por JOSSERAND, L., en *Cours...*, cit., pág. 73).

Desde otro punto de vista, los jurisconsultos romanos clasificaron las leyes según la sanción que acarrea su violación en: 1°) leyes perfectas (*leges perfectæ*); 2°) leyes menos que perfectas (*leges minus quam perfectæ*); 3°) leyes más que perfectas (*leges plus quam perfectæ*); y 4°) leyes imperfectas (*leges imperfectæ*) [39]. Las primeras serían aquellas cuya violación acarrea la nulidad insanable del acto contrario a las mismas, por ejemplo, la venta de una cosa inalienable. Las leyes menos que perfectas serían aquellas cuya violación da lugar a una nulidad, pero no de carácter insanable ya que el acto puede convalidarse. Las leyes más que perfectas, además de la nulidad del acto dan lugar a la imposición de una pena. Por último, las leyes imperfectas son aquellas que carecen de sanción, por lo cual, en nuestro sentir, no tendrían el carácter de leyes jurídicas que pretende atribuírseles.

18.5.1. Leyes imperativas y supletorias. La voluntad de las partes y el orden público

Se denominan leyes imperativas a aquellas normas que se imponen a los particulares independientemente y aun contrariando cualquier manifestación de voluntad de los mismos. Así, por ejemplo, las que rigen el *status* familiar, la adquisición del dominio, las formas solemnes de los actos jurídicos, etcétera. En todos estos casos los particulares no pueden regular a su placer sus relaciones jurídicas, sino que ellas se encuentran previstas y normadas por la ley, contra la que nada puede la manifestación de la voluntad privada. Se trata de leyes en las que se encuentra interesado el *orden público*, la *moral* (pública) o las *buenas costumbres* y que, por consiguiente, han sido establecidas teniendo en mira la estructura general de la sociedad más que la situación privada. El orden público comprende no solamente todo el derecho público, sino también buena parte del derecho privado, como lo ilustran los ejemplos dados más arriba.

Por oposición a las leyes imperativas se encuentran las leyes *supletorias* (de la voluntad de las partes). En estos casos la regla general es inversa a la anterior: aunque, en principio, el ordenamiento jurídico defiere a las partes la regulación de sus relaciones jurídicas, no obstante la ley prevé también el caso en que las partes no regulen específicamente esas relaciones, "supliendo" el silencio o la omisión de los interesados con normas supletorias. El campo de las leyes supletorias se refiere, en pri-

[39] ULPIANO, *Liber Singularis Regularum*, §§ 1 y 2.

mer término, a los *contratos* donde reina, en principio, la *autonomía de la voluntad* consagrada en nuestro Código Civil, en su artículo 1197: *Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la que deben someterse como a la ley misma.*

Las numerosas disposiciones contenidas en nuestros Código Civil y Código de Comercio sobre el contrato de compraventa, el de sociedad, el de préstamo, etcétera (contratos nominados) no son, pues, en principio, nada más que normas *supletorias* de la voluntad de las partes y rigen salvo que éstas hayan convenido otra cosa en los respectivos acuerdos de voluntades. Las partes pueden, en principio, siempre que no se encuentran interesados el orden público, la moral o las buenas costumbres, dar a sus convenciones el contenido que deseen, ya apartándose de las previsiones contenidas en los códigos para ciertos contratos, ya sea, en fin, celebrando un contrato no reglamentado en esos cuerpos legales (contratos innominados), ya que las normas contenidas en los códigos, a su respecto, no son imperativos sino meramente supletorias de su voluntad para el caso de silencio u omisión.

También tenemos un caso de ley supletoria, que puede ser dejada de lado por los particulares en las previsiones legales sobre la sucesión intestada, que entran a regir siempre que el causante no haya hecho disposición de sus bienes por testamento legal.

Debemos advertir que tanto esta última clasificación, como en general las precedentes, no son privativas de la fuente legal sino que valen para toda norma jurídica, ya sea ésta legal, jurisprudencial o consuetudinaria. Suele tratársela, sin embargo, en relación especial a la ley por ser ésta cuantitativamente la fuente más importante en nuestro sistema.

Desde un punto de vista jurídico positivo, cabe todavía señalar que, en razón del carácter federal de nuestro país, las leyes que sanciona el Congreso de la Nación (*leyes nacionales*) pueden ser clasificadas en: 1) *locales*: las que se aplican únicamente en la Capital Federal, y, en medida restringida y polémica, en los establecimientos nacionales en territorio provincial (Const. Nac., art. 75, inc. 30); 2) *comunes*: las que se aplican en todo el país (Const. Nac., art. 75, inc. 12). Comprenden: los códigos de fondo y las leyes modificatorias o ampliatorias de los mismos, así como toda ley que se refiera a materias comprendidas en el marco de los Códigos; 3) *federales*: las que dicta el Congreso de la Nación en ejercicio de las atribuciones conferidas al mismo en los demás incisos del artículo 75 de la Constitución, que no estén comprendidos ni en las atribuciones locales ni en las comunes. Por ejemplo: de impuestos nacionales, de correos, de fomento, de aduanas, etcétera [40].

[40] CSJN, *Fallos*, 248:781 (1966).

Con la reforma constitucional de 1994, las leyes locales de la Capital las dicta la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129).

18.6. LA CODIFICACIÓN

18.6.1. Orígenes

Modernamente el Derecho se caracteriza por una preeminencia de la formulación legislativa sobre la consuetudinaria, a diferencia de lo que ocurría en los pueblos primitivos. El proceso de la decadencia de la costumbre como fuente de Derecho culminó a comienzos del siglo XIX, época en que se inicia en casi todos los países europeos un movimiento codificador de vastas proyecciones y con la pretensión de abarcar en códigos todo el Derecho vigente.

En general, se llama *código* a un cuerpo orgánico y sistemático de leyes relativas a una de las ramas del Derecho. Así, por ejemplo, el Código Civil rige las relaciones del hombre considerado como sujeto de derecho privado, sin calificaciones especiales, sea que se trate de relaciones de familia o patrimoniales; el Código de Comercio regula las operaciones comerciales y establece los derechos y las obligaciones de los comerciantes; el Código de Procedimientos preceptúa cómo debe actuarse ante los tribunales y el modo de sustanciarse los juicios. Un código es, en suma, una ley que sólo se diferencia de las demás por su extensión e importancia.

La técnica legislativa de un Estado puede revestir, además de la forma de la *codificación*, la de la *incorporación*. Un Estado sigue el sistema de la incorporación cuando, en vez de dictar complejos de leyes de una vez, formando códigos, las dicta poco a poco, a medida que lo exijan las circunstancias. Las compilaciones de textos legislativos dictados en esta forma, cuando son hechas de manera sistematizada, suelen llamarse *códigos abiertos*, para indicar la facilidad con que se les puede hacer modificaciones [41].

En los tiempos modernos, el momento histórico que decretó la iniciación de una era codificadora fue la sanción del Código Civil francés —el Código Napoleón—, puesto en vigencia por Bonaparte en 1804 con el propósito de reemplazar con fórmulas breves y concisas las múltiples disposiciones entonces vigentes en Francia (costumbres, Derecho Romano, ordenanzas reales, leyes sancionadas de 1789 a 1804). El empleo fue seguido por Italia, cuyo Código Civil entró en vigor en 1866, y Alemania, que lo sancionó en 1900.

[41] La palabra *recopilación*, de rancio abolengo en la legislación española, suele reservarse para designar a las *compilaciones* de textos hechas, no ya por particulares, sino con carácter oficial.

Aparte de esa finalidad primordial de la unificación, la necesidad de la codificación también puede aparecer aun en países en que el Derecho ya está unificado, cuando las leyes relativas a determinada materia o institución jurídica se hacen difíciles de ser conocidas por su número elevado o por su dispersión. En estos casos se trata, más que de unificar el Derecho, de coordinar sus disposiciones y de facilitar su conocimiento. Es lo que sucede hoy en muchos países y con la legislación del trabajo recientemente entre nosotros. Esta misión de facilitar el conocimiento del Derecho, al par que subsanar sus deficiencias, puede ser desempeñada por la codificación incluso en los países que aún se rigen por el derecho consuetudinario, cuando experimentan la necesidad de precisar una parte de ese Derecho.

Con excepción de los países en los que impera el *common law*, las demás naciones siguen hoy en lo posible el sistema de la codificación. Los más importantes movimientos de codificación son los siguientes:

a) La codificación del Derecho Romano por el emperador Justiniano, llamada en general *Corpus Iuris Civilis*, y que comprende el *Código*, el *Digesto* (o las *Pandectas*), las *Instituciones*, una nueva edición del *Código* y las *Novelas*.

b) Las grandes codificaciones de la antigua legislación española —entre las que se destacan *Las Siete Partidas*, de Alfonso el Sabio—. Completadas por las *Leyes de Indias* que rigieron *en* nuestro país hasta la sanción de las constituciones, leyes y códigos posteriores a 1810.

c) La era de codificaciones que siguió de cerca a la codificación francesa y a la que ya nos hemos referido. Pueden destacarse los siguientes momentos: 1°) la codificación de todas las ramas del derecho prusiano en un Código general de los Estados prusianos, publicado por Federico Guillermo II en 1794; 2°) la sanción de los códigos franceses (Cód. Civ., 1804; de Proc. Civ., 1807; de Com., 1807; de Inst. Crim., 1808; Pen., 1810); y 3°) la sanción de códigos en la generalidad de los países, inclusive los americanos, bajo la influencia de la codificación francesa.

Cabe advertir que entre los códigos antiguos y los modernos median profundas diferencias. Las codificaciones antiguas eran de carácter general, en el sentido de que pretendían abarcar la totalidad del Derecho. Hoy, por el contrario, cada rama del Derecho es objeto de un código. Otra diferencia reside en que las recopilaciones antiguas abarcan no sólo normas jurídicas, sino también enunciaciones de hechos y de doctrinas. Más aún, en las *Instituciones* hay un verdadero compendio de historia del Derecho Romano. Es claro que estas enunciaciones, aunque revistan forma legislativa, no tienen carácter *jurídico* por faltarles la nota de normatividad

esencial a las leyes en sentido propio[42]. Por eso los códigos modernos no abarcan —al menos en principio— nada más que textos estrictamente legislativos, de redacción lo más breve y precisa posible.

18.6.2. La codificación moderna. El Código Napoleón. Ventajas e inconvenientes de la codificación

El gran movimiento de codificación que se inició con la sanción del Código Civil tiene un sentido mucho más amplio y profundo que las razones técnicas y políticas de unificación de que ya hemos hablado. Dicha codificación significa mucho más que la unificación formal del derecho privado: es la expresión positiva de un sistema filosófico y durante el siglo XIX fue la realización de la idea individualista en el campo de las relaciones civiles. La codificación napoleónica fue el trasunto en el campo jurídico del movimiento filosófico-político que culminó con la Revolución Francesa. Esta significó, en efecto, el triunfo de la filosofía *racionalista* e *individualista*. De acuerdo con esta concepción se consideró al Derecho como hechura de la razón humana, como producto de la labor de los jurisconsultos. En consecuencia, surgía la necesidad de dictar códigos completos y sistemáticos, capaces de proporcionar solución a todas las interferencias posibles entre los hombres, sin necesidad de hurgar en el vetusto *Corpus Iuris* o entre las antiguas costumbres.

Los principios racionalistas comenzaron a concretarse en el campo del derecho público en las cuatro constituciones (1791, 1793, año III y año VIII) que precedieron al Imperio. En el derecho privado y como consecuencia de las mismas concepciones, Cambaceres preparó tres proyectos consecutivos de Código Civil, ninguno de los cuales tuvo éxito porque eran excesivamente lacónicos (685 arts. el primero, 297 el segundo y aún más breve el tercero) y además porque en ellos se prescindía en absoluto del Derecho vigente. Pero el anhelo por lograr la sanción de un Código Civil no cejaba, y le cupo a Napoleón la gloria de darle cumplida satisfacción insistiendo en la sanción de la ley del 21 de marzo de 1804 que reunió en un solo cuerpo y bajo una única numeración el llamado "Código Civil de los franceses", más conocido con el nombre de "Código Napoleón".

Los redactores del Código Napoleón, a pesar de orientarse en un sentido general en los principios racionalistas, no incurrieron en el error de creer posible elaborar un Derecho totalmente nuevo, prescindiendo del pasado jurídico del país. Tomaron muy en cuenta como fuentes: el dere-

42 Ver lo que se dice en este mismo capítulo, sobre ley en sentido material y en sentido formal.

cho consuetudinario, que predominaba en el norte de Francia; el Derecho Romano, que regía sobre todo en el sur de ese país; las ordenanzas reales; el derecho canónico y las diversas leyes sancionadas durante el período intermedio (1789-1804). Todo ello hace que sea inexacto calificarlo de obra francamente revolucionaria e improvisada. Por más que se inspiró en los grandes principios proclamados por la Revolución —respeto por la libertad individual, igualdad ante la ley, inviolabilidad de la propiedad, etc.—, también tuvo en cuenta en lo posible el Derecho vigente hasta entonces. El Código Civil francés apareció así como una obra de transacción, y por este motivo lo han respetado todos los regímenes políticos que han imperado en Francia y lo han imitado, con provecho, numerosos países europeos y americanos.

La sanción del Código Napoleón y, por otra parte, el desenvolvimiento alcanzado a principios del siglo XIX por la escuela histórica del Derecho, dieron lugar en Alemania a una controversia doctrinaria de resonancia en torno de las ventajas y de los inconvenientes de la codificación. Sin perjuicio del análisis más detallado que hacemos de las teorías de la escuela histórica en el Capítulo 10, conviene señalarlas aquí por lo menos en lo que se refiere a la materia de la codificación.

El ilustre jefe de la escuela histórica, Savigny, afirmaba en síntesis: a) que el Derecho es un producto de la historia, que es elaborado por la conciencia popular y que evoluciona y se transforma incesantemente; b) que la codificación presenta el peligro de fijar y petrificar el Derecho, paralizando su desarrollo al ahogar sus fuentes naturales dentro de moldes rígidos, sin plasticidad y sin vida.

Es indudable que hay mucho de cierto en las afirmaciones de Savigny. La sanción de un código origina en general una tendencia a considerarlo como un monumento definitivo, que pone el Derecho al alcance de todos sin necesidad de búsquedas engorrosas, que constituye un instrumento apto para proporcionar solución a todas las cuestiones jurídicas que se puedan plantear entre los hombres. Pero en la realidad sucede que la transformación de la economía, la evolución de las condiciones sociales y la consiguiente aparición de una muchedumbre de nuevas instituciones, producen, al cabo de cierto tiempo, un divorcio entre los hechos y el Derecho, una rebelión de la materia social contra los moldes rígidos y anticuados que pretenden encerrarla.

Sin embargo, conviene no exagerar los inconvenientes de la codificación. Pasado el espejismo del momento inicial que no deja ir más allá de una interpretación literal de los textos legales, los jueces, en contacto directo con las exigencias de la vida, tratan en cada caso particular de adaptar la ley a las nuevas condiciones por medio de una interpretación inte-

ligente. Los juristas, por su parte, tratan de justificar y de orientar esta labor de adaptación realizada por los jueces. Por último, para los casos en que no es posible allanar en esta forma los inconvenientes de un código anticuado, está el recurso de reformarlo parcialmente por medio de leyes especiales [43]. No está de más recordar que la oposición de Savigny a la codificación no era absoluta sino que admitía que era una tarea conveniente, aunque reclamaba, previamente, una intensificación de los estudios jurídicos y una gran perfección de la ciencia del Derecho para afrontarla con éxito.

En síntesis, cabe afirmar que mientras los inconvenientes de la codificación —cristalización, petrificación del Derecho— no son insuperables, las ventajas que reporta desde el punto de vista técnico son indiscutibles. Al unificar el Derecho y al concretarlo en un cuerpo único, se facilita enormemente su conocimiento y su aplicación. A pesar de esto, creemos que la codificación es un recurso del que no debe abusarse. Es preferible vivir sobre un código viejo modificándolo en aquellas de sus partes que ya no corresponden a las concepciones actuales, por medio de leyes especiales, y dejar a la jurisprudencia, orientada por la doctrina, la tarea de retocar y transformar insensiblemente ese fondo de texto. Sin embargo, al cabo de cierto tiempo la revisión se impone, porque las numerosas leyes dictadas después de la codificación y las nuevas soluciones consagradas por la jurisprudencia terminan por formar una vegetación espesa que recubre casi por completo los artículos del Código.

Entre nosotros, la Constitución establece en el artículo 75: *Corresponde al Congreso..., inc. 12: Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social* [44], *sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales* [45].

18.7. LA LEY EN LA TRADICIÓN ROMANISTA Y EN LA ANGLOSAJONA

Como veremos (*infra* 19.2.3.) hay dos tradiciones que sostienen dos sistemas jurídicos diferentes. Una es la tradición continental y romanista; la otra es la tradición de los países de habla inglesa. En los países romanistas desde Justiniano comienza lo que se puede denominar como el "movimiento de la codificación". La idea de la codificación es prever en

[43] Ver *supra*, 10.2.2.

[44] La inclusión del Código "del Trabajo y Seguridad Social" fue sancionada en 1957 siguiendo, en esto, la huella abierta por la reforma de 1949, que se refirió al Código de "derecho social".

[45] Acerca de los antecedentes históricos e ideológicos de nuestro proceso codificatorio, ver TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La Codificación en la Argentina*, Buenos Aires, 1977.

forma expresa todas las situaciones posibles, los códigos intentan así contener el sentido jurídico de todos los hechos de conducta que pueden darse. Por esta razón en los países de tradición romanista la ley ocupa un papel destacado como fuente del Derecho; incluso se ha creído ver en ella la *única* fuente de Derecho. En los países anglosajones la tradición es distinta. Allí los tribunales aplican primero la costumbre (*the law of the land*), pero cuando la comunidad crece y los fallos se van acumulando, se parte de la idea de que esos fallos traducen "la ley de la tierra"; y se pasan a aplicar los "precedentes judiciales" (la jurisprudencia). Por ello las normas generales surgen, en su gran mayoría, de la reiteración de las soluciones judiciales.

Pero sucede que en el sistema anglosajón (*common law*) las nuevas situaciones y necesidades económicas y sociales no pueden esperar a que las soluciones jurisprudenciales vayan perfilando las normas jurídicas necesarias para regular la nueva realidad. Por ello surge como necesaria la legislación. Por vía legislativa se solucionan los problemas que no pueden esperar la lenta formulación que proporciona el *common law*. En tanto éste va cubriendo los aspectos intersticiales, ya sea adaptando poco a poco las soluciones de los viejos casos a las nuevas necesidades, ya sea cubriendo aquellos que las leyes no han contemplado en forma adecuada. Por ello el Parlamento inglés y las legislaturas locales en los Estados Unidos de América van dictando leyes que, en su materia específica, ocupan un lugar más importante que la jurisprudencia.

Pero en el sistema continental ocurre un fenómeno recíproco. Como los textos legales envejecen (piénsese que nuestro Cód. Civ. tiene ya cien años) y resultan anacrónicos para comprender nuevas situaciones jurídicas, y la reforma legislativa no se produce con la rapidez necesaria para brindar las soluciones adecuadas que la nueva realidad exige, sucede que aparece una jurisprudencia frente a las leyes antiguas que va desplazando al texto legal en todo aquello que requiere un nuevo sentido jurídico para ser comprendido comunitariamente con un sentido axiológico positivo.

De este modo, a la larga la situación es similar. En los países anglosajones (*common law*) se acepta como fuente básica del Derecho a la jurisprudencia, y la ley cumple un papel auxiliar para la modificación acelerada (reforma) del Derecho. En cambio en los países de tradición continental se considera a la ley como fuente básica del Derecho, asignándosele a la jurisprudencia papel auxiliar para adecuar los textos legales anacrónicos a las situaciones que exigen un sentido jurídico diferente al previsto por la norma. En el *common law* todo texto legal es una excepción; entre nosotros, en cambio, toda norma jurisprudencial es de excepción frente a las normas legisladas.

El tema de las fuentes del Derecho puede conectarse con la noción política de democracia y de totalitarismo entendidas como creación descentralizada y centralizada, respectivamente, de normas jurídicas (cfr. Kelsen). La creación del Derecho por medio de la costumbre es un medio totalmente democrático y descentralizado de creación normativa: todos y cada uno de los súbditos crean la norma que hay que acatar. La jurisprudencia es también un procedimiento ampliamente descentralizado y sumamente democrático. No lo es tanto como la costumbre, desde el momento en que no todos los súbditos concurren a crear la norma, pero sí son muchos los jueces que en distinto lugar, a lo largo del tiempo y sin sujeción a una autoridad central, van creando las normas. La ley, por el contrario, es un procedimiento centralizado y no democrático de creación de las normas. La única manera de democratizar la creación normativa por vía legislativa es que quienes la formulen sean el conjunto de la comunidad (como en la antigua y legendaria democracia suiza) o, por lo menos, cierta cantidad de representantes del pueblo elegidos democráticamente. Pero en la elección de los representantes está el peligro de desnaturalizar la democracia, puesto que no hay medio de asegurar en una forma absoluta que los representantes vayan a actuar en función de los intereses de los representados, o de acuerdo con la voluntad de éstos.

CAPÍTULO 19

LAS FUENTES EN PARTICULAR, LA COSTUMBRE, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

CAPÍTULO 19

LAS FUENTES EN PARTICULAR, LA COSTUMBRE, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

19.1. LA COSTUMBRE JURÍDICA (DERECHO CONSUETUDINARIO)

19.1.1. Concepto

La costumbre es, por definición, conducta repetida. En esta esencia *genérica* de toda costumbre participa también la *costumbre "jurídica"* o derecho consuetudinario. Y puesto que hemos definido el Derecho como conducta en interferencia intersubjetiva (o sea la conducta considerada en cuanto al *hacer* de uno se opone el *impedir* de otro) [1], ningún inconveniente habrá en encontrar la esencia *específica* que nos interesa (es decir, la costumbre jurídica o derecho consuetudinario), poniendo en contacto las esencias ya clarificadas de costumbre y Derecho.

Damos, pues, el siguiente concepto: *la costumbre jurídica es la repetición de conducta en interferencia subjetiva.* Así, por ejemplo, podemos decir que una mujer casada tiene la costumbre de firmar agregando a su apellido de soltera el de su marido, pero si contemplamos la conducta de esa mujer en su interferencia con la de su esposo (en cuanto puede exigirle ese uso obligatorio del apellido marital), diremos que se trata de una costumbre jurídica. La definición que hemos dado apenas necesita algunas explicaciones aclaratorias:

i) Costumbre jurídica y usos sociales [2]

Se plantea aquí el tema de diferenciar la costumbre (jurídica) de los usos sociales, reglas de cortesía, convencionalismos sociales, etcétera,

[1] Ver *supra*, Cap. 12.

[2] Aquellos autores que consideran al *Derecho* como un sistema de *normas* impuesto por el *Estado*, y a la *moral* como otro sistema normativo emanado del propio *sujeto*, suelen ver en los *usos sociales* un tercer orden normativo, emanado de la *sociedad*.

denominados también costumbres. Tengo, por ejemplo, la costumbre de ponerme corbata, de saludar a mis conocidos, etcétera. Pero estos usos, a los que se suele vulgarmente decir que esto y "obligado" por dichos convencionalismos, no constituyen costumbre (jurídica) puesto que no definen *derechos y deberes* correlativos. En ambos casos hay *el género costumbre,* es decir, *conducta repetida,* pero mientras en un caso la costumbre es *jurídica* (la conducta está considerada en su interferencia intersubjetiva, el hacer de uno en relación al *impedir* de otro), en el otro no. Si contemplamos desde esta perspectiva jurídica los usos sociales, advertiremos el sorprendente resultado de que lo que aparecía como "obligatorio" para el convencionalismo social, es, en verdad, desde un punto de vista estrictamente jurídico, sólo *facultativo*. Puedo, en efecto, usar corbata o no, y si no lo hago nadie puede forzarme a hacerlo; puedo saludar o no, y nadie puede constreñirme en uno u otro sentido. Un uso social es, pues, jurídicamente, algo que se desenvuelve dentro del terreno de lo facultativo, es decir, aquella conducta lícita en la que el individuo pone autónomamente los contenidos de su libertad [3]. Por ello la costumbre jurídica es *coercible*, es decir que su observancia puede ser impuesta en forma coactiva, en tanto que *los usos sociales no son coercibles,* pues si bien pueden acarrear sanciones especiales (hazmerreír, exclusión social, etc.), no pueden dar lugar jamás a una imposición coactiva. En caso de hacerlo se trataría obviamente de obligaciones o deberes jurídicos. Así, por ejemplo, el saludo entre los militares no es ya una convención social sino un deber jurídico, puesto que el que no lo cumple se hace pasible de sanciones coactivas [4].

Pero como hemos visto en el Cap. 16, la sociedad da origen a la moral (positiva) y tanto ésta como los otros "usos sociales" se distinguen del Derecho por no ser coercibles.

[3] Ver *supra,* 16.5.1. y 16.5.2.

[4] Una de las indagaciones más enjundiosas sobre los usos y convencionalismos sociales es la del profesor Luis Recaséns Siches. Según el profesor español los usos serían semejantes a la moral en cuanto: 1) no disponen de organización coactiva y 2) las sanciones no tienden al cumplimiento ejecutivo de la norma infringida; y en esto diferirían, precisamente, del derecho. Por el contrario, los usos se asemejarían al Derecho, separándose de la moral en: 1) su carácter social, 2) su heteronomía, 3) su exterioridad (cfr. RECASÉNS SICHES, L., *Vida...*, cit., pág. 103). No puede decirse que las notas apuntadas por Recaséns Siches sean inexactas; sin embargo, induce a error de considerar en paridad la existencia de tres géneros. Pero esta idea debe descartarse por lo expuesto en la nota 2. De aquí que en el uso social el cumplimiento carezca de coercitividad y que sus normas sean unilaterales, es decir, no establezcan correlativamente al deber de alguien la facultad de otro.

ii) Lo individual y lo genérico en la costumbre

Hablamos en la costumbre de *repetición de conducta*. En toda repetición hay: a) *hechos individuales diversos* que responden a b) un *género común*. Se repite la salida del Sol todas las mañanas por Oriente, el brote de los árboles todas las primaveras, la interrogación del hombre por el ser, la vida, el nacimiento y la muerte. Pero en rigor los acontecimientos nunca son exactamente idénticos; como observaba ya el filósofo presocrático Heráclito de Éfeso: "No puedes bañarte dos veces en el mismo río, porque nuevas aguas corren siempre sobre ti". Quiere decir que siempre que hablamos de "repetir" —así como cuando hablamos de "lo mismo" referido a la realidad— hemos hecho ya una abstracción de ciertos datos que integraban el hecho individual real ocurrido. Son otros los árboles que florecen, otros los hombres que nacen y mueren, es otro —pues ha cambiado y envejecido— el Sol que sale esta mañana; es otro —pues ha cambiado y envejecido— el hombre que se pregunta por el ser. Pero hemos prescindido de estas diferencias para elevarlos a lo ideal "árbol", "hombre", "Sol" [5], y *desde este punto de vista* idéntico hablamos de *repetición*.

La costumbre pues, contiene siempre *un elemento ideal genérico (lo repetido),* que puede estar más o menos explicitado pero que no falta nunca. Y advirtamos todavía que, si bien cuando pensamos y nos expresamos, necesariamente explicitamos ese momento ideal de identidad, cuando sencillamente vemos, cuando intuimos, ese núcleo idéntico no necesita estar explícitamente advertido [6]. Hay pues, en la costumbre, un

[5] Admite Husserl, en sus indagaciones eidéticas, la existencia de esencias individuales, es decir, de *singularidades eidéticas* (HUSSERL, E., *Ideas,*, cit., §§ 14 y 15, págs. 40 y 43). Siguiendo su pensamiento, hemos puesto como ejemplo el Sol, que configura acabadamente una esencia individual. No obstante, debe advertirse que, usualmente, las esencias son genéricas. En particular, al hablar de repetición de hechos en la costumbre tenemos en cuenta hechos diversos cometidos por diferentes sujetos en distintos tiempos y lugares, diversidad a pesar de la cual dichos hechos tienen algo de común que nos permite hablar de repetición. De este modo, hecha la salvedad de que informa la presente nota, identificaremos en lo que sigue lo ideal con lo genérico.

[6] Así, por ejemplo, usualmente no advertimos el curso regular del Sol durante el día y la luminosidad creciente y decreciente que le corresponde. Estamos ocupados en otras cosas. Sin embargo, dicho núcleo, aunque no explícito, se encuentra de algún modo dado, en forma inactual, en nuestra conciencia a todo lo largo del día. Y prueba acabada de ello es que cualquier brusca alteración de él (una cerrazón repentina, p. ej.) nos lo pone de manifiesto. Tampoco explicitamos usualmente el elemento ideal genérico que acompaña siempre nuestra aprehensión de las cosas. Distinguimos directamente, v.gr., un caballo de una máquina de escribir sin posibilidad alguna de confusión, sin que para ello se nos haga necesario hacer explícito el concepto de caballo o el de máquina de escribir. No obstante,

núcleo idéntico genérico que es lo *repetido en los actos* —diversos hasta el infinito en su real concreción existencial— que se consideran repetidos [7].

iii) La costumbre como unidad de sentido

Debemos aún advertir que si lo repetido es *conducta* y no un mero hecho natural, el núcleo de identidad genérica del que hablamos en el párrafo anterior tendrá no solamente un aspecto externo, sino también un aspecto que radica en el *sentido* en que dicha conducta también consiste. En suma: que siendo la conducta un objeto cultural integrado en la unidad de un *sustrato* y un *sentido* [8], en el género que permite la identificación necesaria para hablar de la *repetición,* junto al *sustrato,* debe destacarse la *unidad de sentido.* Sólo merced a la unidad de ambos hablaremos correctamente de costumbre, es decir, de *conducta repetida.* En este núcleo repetido aparece, originalmente, el sentido jurídico que distingue a la costumbre —jurídica— de los usos o costumbres que no tienen ese carácter.

19.1.2. La costumbre como fuente de Derecho [9]

De acuerdo con lo que hemos visto en el número anterior y lo que hemos dicho ya previamente sobre el tema de las fuentes en general, no resultará difícil elucidar el tema de la costumbre como fuente: el juzgador o intérprete reconoce a la costumbre como fuente cuando, para alcanzar la *objetividad* de su sentencia o conocimiento, *muestra la conducta individual que le es sometida como un nuevo caso de ese núcleo ideal y genérico que se encuentra en esa repetición de conducta que es la costumbre.*

es evidente que en forma inactual un ingrediente ideal acompaña nuestra percepción de una y otra cosa.

[7] Es, pues, el mismo tema que hemos visto, cuando advertimos que toda igualdad implicaba una abstracción sobre datos variados, hecha desde un punto de vista (v. *supra,* 15.5.2. y 17.5.2.).

[8] Se diseña aquí, con nuevos fundamentos, la presencia necesaria de lo que la doctrina tradicional suele llamar elementos *material* (repetición de actos) y *espiritual* (sentido de obligatoriedad) de la costumbre jurídica.

[9] Los autores suelen plantear directamente el tema de la costumbre como fuente, sin una elucidación previa de su concepto. Colocándose en el supuesto de un derecho legislado actual, contempla sólo una de las situaciones que veremos a continuación y, desde este punto de vista, proceden a valorar la costumbre como fuente según el criterio que les suministra la ley. Este procedimiento es errado y deja fuera de consideración datos como los siguientes: la existencia del derecho consuetudinario primitivo, la del derecho consuetudinario internacional público y el carácter consuetudinario de algunas constituciones positivas (como por ejemplo, la inglesa, donde, desde el punto de vista del derecho legislado, no hay diferencias entre normas constitucionales y leyes comunes).

La costumbre es fuente toda vez que en ella encuentra el intérprete (o el juez) lo que necesita para afirmar la objetividad de su interpretación del caso: *la existencia de un sentido genérico coincidente aceptado colectivamente* por la comunidad. La *existencia,* en los hechos exteriores repetidos; el *sentido genérico,* en ese núcleo común que constituye lo repetido en los actos diversos; la *aceptación colectiva,* en fin, en que dados dichos hechos como interferencia intersubjetiva de conductas, la comunidad ha permitido, y por lo tanto autorizado, que ocurriesen las interferencias con dicho sentido [10].

Encarada la costumbre a la luz de la clasificación de las fuentes formales y materiales, cabe afirmar que es una *fuente formal,* en cuanto ella define géneros de conducta caracterizándolos en forma "positiva" por los perfiles sensibles, externos, de la conducta repetida. Pero también corresponde admitir que la costumbre (como, por lo demás, todas las fuentes formales) es también *fuente material (o sea expresión de una valoración vigente)* en cuanto la definición positiva de un perfil sensible de conducta importa, siempre, una valoración. Así, por ejemplo, en el consuetudinario repudio de "el que matare a otro" cabe discernir no sólo el trazado de un perfil externo de una conducta, sino también la valoración negativa que acarrea. Toda norma supone un juicio de valor.

Para estudiar el funcionamiento concreto de la costumbre como fuente de Derecho, tenemos que referirnos, no obstante la unidad genérica así explicitada, a tres situaciones diversas:

i) Descentralización en la formulación de la norma general y en su aplicación

En un sistema jurídico *primitivo* no hay órganos específicamente encargados de proceder a la determinación del sentido jurídico de los casos concretos ocurrentes. Impera la descentralización, *según* la cual *todos y cada uno* de los integrantes de la comunidad usan su poder natural para mantener a los demás en la observancia de la costumbre imperante. Un estado semejante tenemos todavía en el derecho internacional público en

[10] Esta aceptación colectiva se da *en forma directa* —pues actúa la comunidad misma de presencia— en las comunidades primitivas y *en forma de una autorización* —como se lee en el texto— donde existen órganos en alguna medida diferenciados, ya que el sentido de la actividad de la colectividad frente a la coacción emanada de algunos de sus miembros en forma pública, es el de una permisión y, por lo tanto, de una autorización que les atribuye el carácter de órganos de la comunidad (v. Cap. 16).

el cual los Estados, en un pie de igualdad, son los sujetos obligados por la costumbre general y también los encargados de exigir y obtener (aun por la fuerza) la observancia de dicha costumbre internacional. En un estado de descentralización como el descrito, la coacción no ha sido aún monopolizada por determinados individuos en el carácter de órganos del grupo y, por lo tanto, todos y cada uno de los miembros de la comunidad son los encargados de establecer el sentido de los nuevos casos ocurrentes, cosa que ocurre en las mismas interferencias de conducta [11].

ii) Centralización jurisdiccional

La situación descrita precedentemente va variando en forma imperceptible a tenor de lo siguiente: el jefe guerrero o religioso actúa preponderantemente como caudillo en las resoluciones conjuntas sobre los casos concretos; más tarde su acción preponderante se va haciendo exclusiva y, en fin, queda establecido como administrador de justicia. Es, pues, él, el órgano jurisdiccional. Pero cabe observar que, aun en este caso, es siempre el acatamiento colectivo el que le da esa situación y el que, al fin, asegura la efectividad de sus decisiones. Para actuar como *órgano de la comunidad, para que el acatamiento colectivo preste validez a sus decisiones concretas y a su situación de juez, el jefe, con todo lo que su situación tiene de preponderante, no puede pasar de ser el ministro ejecutor de la costumbre general imperante*. La costumbre, por lo tanto, sigue imperando en forma indiscutida, pero se ha desdoblado en dos aspectos: a) por una parte *determina formalmente quién* será el encargado de decidir acerca de la conducta común frente al caso concreto; b) por otra, *determina materialmente qué* debe decidir dicho órgano jurisdiccional.

Pese a que, en términos generales, el imperio de la costumbre es aún indiscutido, este desdoblamiento de la costumbre que está en la base de la erección del órgano jurisdiccional, entraña en su seno el germen de una lucha y de una sustitución. La costumbre primitiva era una forma democrática de creación jurídica. Todos y cada uno en un pie de igualdad procedían a la solución de los casos concretos, con arreglo a su comunidad de sentido —evidente para los ojos de todos— con lo establecido en la costumbre, es decir, con lo ocurrido en casos similares. Con la centralización jurisdiccional las cosas cambian sensiblemente, ya que no son todos los que deciden, sino uno en nombre de todos. Y a medida que pasa el tiempo las decisiones "de todos" se van haciendo más y más remotas y son, en cambio, las decisiones "del juez" las que aparecen como los antecedentes a tenerse en cuenta en las nuevas decisiones. Como es cosa harto sabida en el mundo de lo jurídico, el poder de aplicación entraña en alguna medida el poder de creación [12] y, por más pequeña que sea esta medida, por más prudente que sea el juez en usarla, repetida caso a caso y día a día termina por modificar por completo el régimen primitivo [13]. A

[11] Este imperio universal de la costumbre, garantizado por la comunidad toda en su tremenda solidaridad religiosa y totémica, es la forma general del Derecho en los primeros tiempos de la humanidad. Como resabio de esta actuación de todo el grupo en la administración de justicia, podemos recordar la *lapidación*, forma de ejecución que todavía existía en tiempos de Cristo, en la que tomaba parte todo el pueblo.

[12] Ver Cap. 14. Supongamos que la comunidad espere grandes males del pronunciamento por alguno de sus miembros del nombre de la divinidad, de su presencia en un lugar prohibido, etc., y que, por consiguiente estos actos sean considerados tabú. Se descubre que alguno los ha cometido y, en medio de la conmoción general, alguien propone que el desdichado sea encerrado en una bolsa con un gallo, un gato y una culebra y arrojado todo esto al río para aplacar las iras de la divinidad ofendida, teniendo cada uno de estos elementos un significado relevante dentro del "razonamiento" mágico (por parecido o proximidad) del primitivo. Se resuelve seguir el consejo y —no sobreviniendo al grupo las desgracias tan temidas— se saca de aquí la lógica conclusión de que la adoptada es la consecuencia que, en caso de tales sacrilegios, es grata a la divinidad. De aquí en adelante se impone la fuerza del precedente y se asienta la costumbre. Así las cosas, un día ocurre que un hombre denominado "cara de gato" es el violador. Esta nueva circunstancia, que a nosotros puede parecernos irrelevante, deja perplejos a los primitivos pues el razonamiento mágico o simbólico que sirvió de fundamento al precedente se basaba en la reunión, dentro del saco, de los componentes más arriba enumerados, lo que ahora se ve alterado porque el nombre perturbador viene a duplicar uno de ellos. Se emiten diversas opiniones y supongamos, siempre por vía de hipótesis, que se resuelve hacer caso omiso de la novedad y proceder como si la diferencia del nuevo caso fuese desdeñable. Pero ocurre luego una epidemia, o una invasión de animales dañinos o alguna otra desgracia colectiva semejante. Los que opinaron que el nombre de los insaculados era decisivo sostienen que el dios no se ha aplacado porque las distintas fuerzas en juego no se encontraban bien representadas en la bolsa. Las demás aprenden la lección para otra oportunidad. Así, sobre la costumbre anterior se va sobreagregando la nueva y cuando el encargado de decidir es uno, en vez de todos, la costumbre judicial sustituye a la primitiva en caso de éxito. Es claro que, en caso de fracaso, lo común es que caiga el jefe estrepitosamente, ante la furia de sus súbditos engañados.

El razonamiento anterior es —huelga advertirlo— completamente imaginario. Su mecanismo, sin embargo, corresponde a la mentalidad primitiva y restos de él se observan fácilmente en el Antiguo Testamento, donde las desgracias que aquejan a los pueblos son interpeladas siempre como sanción divina, como castigo de Dios por la violación de su ley. También en la tragedia griega (en *Edipo Rey*, p. ej.), los pecados de parricidio e incesto del rey provocan la desolación de Tebas, y la reacción popular termina con el destierro del pecador.

[13] La creación de una *costumbre judicial* sobre una base más o menos indefinida, y la progresiva adaptación y recreación y modelamiento de esta costumbre de acuerdo con las necesidades sociales, es lo que se denomina tradicionalmente *derecho pretoriano*. Con esa denominación se alude por antonomasia a la obra que desarrollaron en Roma los *pretores*, magistrados judiciales que adaptaron el antiguo derecho civil a las nuevas con-

la *costumbre general primitiva* va sucediendo así la *costumbre judicial,* creada y aplicada por los jueces en un proceso constante de depuración y perfeccionamiento, de adaptación de los viejos precedentes a las nuevas circunstancias. Su mejor ejemplo lo constituye el *common law,* tal como ha llegado hasta hoy día en Inglaterra y Estados Unidos.

Pero no todos los casos se llevan a los estrados de los tribunales, sino que, por el contrario, son mayoría los que se resuelven por el acatamiento espontáneo de la norma que los hombres consideran vigente. Según esto, junto a la costumbre judicial puede formarse, sobre diversos puntos, una *costumbre extrajudicial* observada en forma más o menos general por los miembros de la comunidad en cuestión. ¿Qué ocurre si un caso jurídico es llevado a los estrados judiciales y se invoca como fuente esta costumbre extrajudicial? Está en la prudencia de los jueces, detentadores o representantes del poder político (es decir, del monopolio oficial de la coacción de la comunidad), incorporar la costumbre en cuestión al sistema estatal de normas judiciales (costumbre judicial) u oponerse a ella, por motivos axiológicos atendibles, negándole el auxilio de la fuerza pública [14]. Se produce entonces una lucha de tendencias que termina al fin

diciones sociales y económicas de Roma, creando todo un derecho nuevo *(ius honorarium).* Una tarea semejante desarrollan los jueces y las cortes ingleses y norteamericanos en relación al fondo más o menos estable del *common law.*

[14] En esta hipótesis se coloca la generalidad de los autores para negar la existencia de derecho consuetudinario fuera del judicial, es decir que para ellos la costumbre se originaría en las decisiones judiciales concordantes. También es opinión común en Inglaterra, donde responde a la efectiva realidad de que el *common law* es, antes que nada, una costumbre judicial. Contra dicha opinión (basada en la estabilidad del Derecho y en el monopolio estatal de la coacción) corresponde advertir: 1) esa opinión describe la *costumbre judicial,* pero no da cuenta de situaciones como las ya relatadas en el texto, propias de los sistemas jurídicos primitivos, en que había *costumbre general,* previa a la centralización jurisdiccional; 2) como ya lo advirtió Savigny, la aplicación judicial de la costumbre implica el reconocimiento de su preexistencia extrajudicial; 3) el Derecho no vive o existe exclusivamente en las decisiones judiciales sino que, por el contrario, es cuantitativamente mucho más grande su existencia extrajudicial: las prestaciones cumplidas espontáneamente por los interesados con el sentido que surge de una costumbre general extrajudicial.

No es difícil, por otra parte, citar ejemplos en que, por falta de aplicación judicial, no puede invocarse el nacimiento judicial de la costumbre y, sin embargo, ésta se encuentra tan arraigada que nadie se animaría a discutir su existencia. Véase, por ejemplo, el caso de la numeración de los artículos del Código Civil entre nosotros. Otro ejemplo ilustrativo es éste, que trata el jurista suizo Simonus *(Recueil d'Études sur les Sources du Droit,* T. I, Paris, 1934, pág. 212): "El Código Federal de las Obligaciones de 1881 prohibía a las sociedades anónimas, en su artículo 873, llevar el nombre de personas vivas. Pero en la actualidad se reconoce unánimemente que esta prohibición ha sido abrogada por una costumbre derogatoria. En Suiza hay ahora centenares de sociedades anónimas que llevan el nombre de personas vivas. Ocurrió que diversas sociedades de esta clase empezaron a usar tales nombres. Poco a poco el uso fue generalizándose. No hubo protestas. Las autoridades del Registro de Comercio registraron tales sociedades a pesar de su nombre ilegal. Los que formaron el uso procedieron como si las sociedades anónimas tuvieran el derecho de usar esos nombres. Actualmente todo el mundo tiene la convicción de que un juez llamado a decidir sobre ese derecho lo reconocería. La situación es, pues, idéntica a la que existiría si el artículo 873 permitiera a las sociedades de que hemos venido hablando usar el nombre de personas vivas". Otro ejemplo, nacional esta vez, podemos darlo en el desuso de la disposición contenida en la Constitución que encomienda al Congreso promover el establecimiento del juicio por jurados (art. 24).

con la diferencia, ya sea con la aquiescencia de los particulares al criterio judicial adverso y la eliminación de la costumbre extrajudicial en cuestión.

iii) Centralización legislativa

En una tercera etapa se erigen en la comunidad órganos encargados de establecer normas generales (leyes). Pero, *aun en este caso, es también el acatamiento general consuetudinario el que funciona como soporte y fundamento de la autoridad de estos órganos legislativos.* En este estadio de la evolución del Derecho puede decirse que la costumbre establece *formalmente* el *quién* al que compete la formulación de la norma general, dejando indeterminado el *qué material* de dicha norma general. Sin embargo, por consideraciones similares a las expuestas en el punto anterior, no debe descuidarse la circunstancia de que, además de la formulación legislativa de normas generales, siempre cabe la posibilidad de que aparezcan espontáneamente en la comunidad costumbres de contenido jurídico. En este caso, la situación del juez es paralela a la analizada, sólo que su disyuntiva se establece ahora no ya entre costumbre judicial y costumbre extrajudicial, sino entre la *ley* y la *costumbre.* También aquí la prudencia de los jueces tiende a suprimir las diferencias entre el sistema normativo estatal y el popular —consuetudinario— ya sea: a) incorporando en forma implícita las costumbres al sistema estatal (entendiendo que las mismas están autorizadas por él), o b) negando la garantía estatal coactiva a la costumbre (en el intento de suprimirla). Como tercera posibilidad c), puede ocurrir que el legislador resuelva hacerse explícitamente eco de la costumbre y la acoja y reglamente en forma legal.

Las tres etapas o situaciones en las que debe considerarse el tema de la costumbre (descentralización general, centralización jurisdiccional y centralización legislativa) nos permiten ratificar los resultados de la indagación esencial llevada a cabo en el párrafo anterior, ya que es una misma esencia que se modaliza.

Los autores suelen tener a la vista exclusivamente, como dato, la etapa de centralización legislativa y proceden a aquilatar el valor que una costumbre extrajudicial puede tener, como fuente de Derecho, en un orden jurídico que ha alcanzado dicha etapa. En suma, estudian la costumbre colocándose en el mirador de la ley. Así, suelen estudiar los usos comerciales (admitidos como fuente, en cierta medida, en el Código de Comercio), los usos civiles (restringidos por el art. 17, Cód. Civ., al papel de fuentes en las situaciones no regladas), o estudian el valor de la costumbre como fuente en el derecho penal que, de acuerdo con un conocido principio *(nullum crimen nulla poena sine proevia lege)*, no admite otros crímenes o penas que los definidos por las leyes. Sin perjuicio de ocuparnos concretamente del valor de la costumbre en cada una de dichas ramas jurídicas desde el punto de vista de nuestro derecho legislado, debemos destacar aquí que limitar el estudio de la costumbre a dichos planteos constituye una interpretación minúscula, que implica la renuncia a concebir unitariamente el fenómeno jurídico [15], ya que éste también existe en las etapas de la centralización jurisdiccional y de la descentralización general ya estudiadas.

El estudio genérico sobre la costumbre y la modalización de la misma en las tres etapas referidas nos permiten advertir la subsistencia de dicha fuente jurídica, como fundamento, aun en las etapas de centralización máxima. *Ni aun la presencia en un primer plano de un legislador o un órgano constituyente excluye la presencia de la costumbre jurídica,* ya que ni el legislador ni el constituyente obtienen su investidura por imposición divina. Al menos, al jurista, en cuanto científico, le está rigurosamente prohibido admitirlo: él solamente puede atribuir a los órganos la investidura que ostenten en un proceso de interpretación idéntico al que hemos caracterizado al mostrar el carácter de fuente que tiene la costumbre: 1°) *una serie de actos de impedimento;* 2°) *dotados de un sentido objetivo único;* 3°) *aceptado colectivamente por la comunidad* [16]. ¡La costumbre está, pues, en la base del legislador, del constituyente o del constituyente originario!

[15] Esta limitación surge, como ya hemos puesto de relieve, de un dogmatismo legal y estatal, reñido con una visión filosófica y general del Derecho que lo contemple en todas sus manifestaciones. El mismo Kelsen (que participa de dicho dogmatismo) si bien ha reducido al mínimo el campo de la costumbre autónoma, ha tenido no obstante que conferir a la costumbre, en su sistema general del Derecho, un lugar de privilegio, ya que aparece en la grada más alta del derecho internacional público (v. Cap. 23).

[16] Cfr. nota 10. Es este dato el que traduce lógicamente el *principio de efectividad* según el cual el jurista considera como legislador originario a aquel del que emana un orden jurídico eficaz en su conjunto.

19.1.3. Caracterización y elementos

De acuerdo con lo que hemos visto precedentemente y lo que se ha dicho al hablar de las fuentes en general y de la ley, la costumbre encierra un *sentido genérico* de conducta. Este sentido se encuentra también en la ley, pero mientras en la ley se halla *mentado, significado* en las *palabras* que emplea el legislador, y por lo tanto es *explícito,* en la *costumbre,* en cambio, no se encuentra mentado sino que está simplemente *dado* en forma más o menos *implícita* en el núcleo común que permite hablar de *repetición* de conducta. Para exhibir la objetividad de sentido de su caso, en un ordenamiento legislado, el juez lo remite al género legal explícito; en el sistema consuetudinario, en cambio, tiene que remitirlo *analógicamente* a los otros casos, es decir, lo remite a un género que no se hace plenamente explícito [17].

La costumbre se nos presenta como la *repetición constante en un medio social, de determinados modos de obrar, repetición acompañada de un profundo convencimiento de su obligatoriedad, en cuanto podría ser coactivamente exigida, en caso de trasgresión, por otros sujetos.* De lo dicho precedentemente surge que en la costumbre pueden distinguirse dos elementos: 1) un elemento *material:* la práctica repetida durante un tiempo suficientemente prolongado, y 2) un elemento *espiritual:* el convencimiento de que aquello debe hacerse, de que es jurídicamente *obligatorio* porque no depende del arbitrio subjetivo, sino que es exigible por los demás. Tal es la doctrina que ha llegado hasta nosotros con el nombre de doctrina romano-canónica, con su exigencia de la *inveterata consuetudo* y de la *opinio iuris seu necessitatis.*

La mayoría de los autores atribuyen prioridad lógica o genética al elemento material de la costumbre; otros, en particular de la escuela histórica, al elemento espiritual. Según nuestro criterio, deben rechazarse ambas hipótesis. En efecto, la repetición de los actos y su obligatoriedad no son otra cosa que, respectivamente, el *sustrato* y el *sentido* de la conducta: el sustrato de los actos repetidos tiene el sentido de la obligatoriedad y, recíprocamente, este sentido se manifiesta en dichos actos [18].

[17] Es cosa sabida en lógica que todo razonamiento por analogía lleva implícita la presuposición de un género común, pues sólo sobre la base de él se hacen equiparables los casos entre los que se establece la analogía. Conste que nos referimos al momento final de la interpretación judicial, en que se remite dialécticamente el caso al género correspondiente, y no al momento, previo en la interpretación, en que se valora y se comprende el caso destacando en él las circunstancias relevantes (v. Cap. 21).

[18] Surgen, de lo que se expone en el texto, las siguientes consecuencias: 1) la doctrina tradicional ha psicologizado indebidamente el elemento del *sentido,* interpretándolo

Frente a la norma legislada (que se encuentra: 1] significada, 2] en un acto, 3] por un legislador del que es un producto técnicamente elaborado y reflexivo) pueden señalarse los siguientes caracteres de la norma consuetudinaria: 1) dada implícitamente; 2) en una serie de actos; 3) por autor anónimo, del que es un producto popular y espontáneo. La elaboración de la costumbre es, pues, lenta, en tanto que la ley es rápida, y la norma consuetudinaria suele ser de contornos más imprecisos y flexibles (ya que no se encuentra plenamente explícita), en tanto que la legal es fija y más rígida.

19.1.4. Relación entre la costumbre y la ley [19]

Al ocuparnos del derecho primitivo y al explicar los orígenes de la legislación [20], vimos detalladamente que el imperio de la costumbre fue, en un principio, absoluto. Este dominio se vio minado sólo cuando, al asentarse el Estado, se produce la aparición de la formulación legislativa del Derecho, en concurrencia con la consuetudinaria y con tendencia a suplantarla. La ley, que en un principio se limitaba a repetir y precisar lo establecido por la costumbre, termina por modificarla y abrogarla. Veamos cómo han concebido las diversas escuelas este tema de la relación entre ambas fuentes:

como una opinión o convicción jurídica; 2) ha circunscripto, también indebidamente, la nota de lo jurídico a este elemento, descuidando que ya en el sustrato aparece la *interferencia intersubjetiva de conductas* —connotativa de la juridicidad— y que la calificación de jurídico abarca, por lo tanto, a la totalidad que forman sustrato y sentido; 3) deben rechazarse todas las doctrinas que procuran desmenuzar el acto originario de comprensión —ineludible para tomar contacto con la costumbre— y reemplazarlo por la verificación de la presencia de ciertos elementos simples. Especialmente: a) la determinación cuantitativa del *número de actos* que hacen costumbre; b) la determinación cuantitativa del *tiempo* durante el cual deben repetirse los actos (algunas interpretaciones del Derecho Romano exigían cien años; los canonistas, diez; en Inglaterra es frecuente la exigencia de que la memoria humana no retenga casos contrarios al invocado como costumbre; etc.); c) la exigencia de moralidad o racionalidad en la costumbre, ya que el juez no debe anteponer sus valoraciones personales a las que encuentra vigentes en la sociedad, manifestadas en la costumbre; d) la exigencia de que la costumbre no haya sido introducida por error. Debe aquí dejarse constancia de que la cuantificación y atomización de la costumbre han sido intentadas por glosadores, canonistas y romanistas, sin mayor éxito; así p. ej., los antiguos glosadores exigían un tiempo largo y un carácter razonable —Bártolo señaló tres exigencias: antigüedad *(longum tempus)*, consentimiento tácito del pueblo *(tacitus consensus populi)* y repetición frecuente de los actos *(frecuentia actum)*; las *Partidas*, de diez a veinte años, etc.—.

[19] Aunque tratamos ya este punto en el Cap. 18, volvemos aquí a ocuparnos de él para precisar algunos aspectos de la costumbre en su confrontación con la ley.

[20] Ver *supra*, Cap. 18.

i) El racionalismo

En un determinado momento histórico se verifica el fenómeno de que las costumbres se conciben como válidas sólo porque lo quiere el legislador y en la medida en que éste las admite. Al menos tal fue el punto de vista de las concepciones racionalistas y contractualistas del Derecho, que únicamente reconocían valor al derecho consuetudinario vinculándolo al *consensus imperantis*. En el mismo sentido, la escuela analítica inglesa difundió por boca de Austin una máxima célebre: "Lo que el soberano permite, lo manda", con lo que este soberano aparecía como el autor indirecto del *common law*. La decadencia efectiva de la costumbre culminó a principios del siglo XIX, cuando se inicia en casi todos los países europeos continentales una era de *codificaciones*, con la pretensión de abarcar en códigos cerrados y completos todo el Derecho. En los códigos debería buscarse la solución de todos los problemas [21].

ii) La escuela histórica

Las concepciones racionalistas habían ido demasiado lejos en su desprecio por la costumbre. Sus mismos excesos explican la reacción que se produce en el primer tercio del siglo XIX con el florecimiento de la escuela histórica, que formula nuevos puntos de vista sobre las fuentes del Derecho. Su corifeo máximo, Savigny, combatió vehementemente la opinión generalizada según la cual todo el Derecho era emanación del Estado y hallaba su única explicación en la ley. Según Savigny, el derecho no es creación del legislador, sino que antes de alcanzar consagración legislativa se manifiesta en forma directa en la costumbre que, a su vez, es fiel reflejo de la conciencia jurídica popular, del espíritu del pueblo *(volksgeist)*. El Derecho es un producto de la historia, de la vida social, y no de la razón; nace de las mismas relaciones sociales como fruto de las necesidades y de las aspiraciones de cada época. El legislador se limita a

[21] Dentro de la evolución de la cultura jurídica de Occidente hay que hacer un lugar aparte a Inglaterra y a los Estados Unidos. Cuando se produjo en los países del continente el movimiento codificador, que significó la trasmutación del derecho civil consuetudinario en derecho legislado, Inglaterra no se dejó arrastrar. El derecho inglés ha permanecido derecho consuetudinario, o mejor dicho, uso judicial *(case law)*, consignado en las numerosas colecciones de sentencias *(law reports)*. Este derecho consuetudinario, creación de la judicatura, constituye aún la mayor parte del derecho inglés. El derecho legislado *(statute law)* se dicta para subsanar las deficiencias que pueda presentar el derecho consuetudinario en puntos determinados (puede verse GELDARDT, W. M., *Elements of English Law*, 2ª ed., London, 1931; JENKS, Edward, *El Derecho Inglés*, Madrid, 1930; GOTTHEIL, Julio, *Common Law y Civil Law*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960).

comprobar reglas jurídicas preexistentes, lo cual, por otra parte, presenta el inconveniente de paralizar su desarrollo evolutivo. Admite, empero, Savigny que el legislador modifique el derecho toda vez que altos fines políticos lo requieran o para fijar cuestiones dudosas [22].

El pensamiento de Savigny en esta materia fue completado y desarrollado por Jorge Federico von Puchta (*Pandectas,* 1838; *Instituciones,* 1841-1847; *Lecciones de Derecho Romano Actual,* 1848). Savigny afirmaba que cada pueblo tiene un espíritu propio, del cual el lenguaje, el arte, la moral y el Derecho son resultado. Pero Savigny hablaba del espíritu popular como un producto vago de la conciencia de todos y cada uno. En cambio, Puchta objetiva y personifica esa noción, considerando al espíritu popular como una fuerza que existe independientemente de las conciencias individuales. Lo compara al alma del organismo, y afirma que esta entidad psíquica ideal constituye la primera causa del Derecho. "El Derecho procede del espíritu popular como la planta de su semilla; su forma y evolución están fijadas de antemano; los individuos no son más que los pasivos portadores de un Derecho que ellos no han creado" [23].

Puchta desarrolló sus concepciones en una célebre monografía, *Del Derecho Consuetudinario* (1828), donde es manifiesta la influencia de la escuela organicista. En este trabajo concibe al Estado como formado por la voluntad consciente de los individuos, pero afirma al mismo tiempo que tiene su raíz en una agrupación natural, el pueblo, que está dotada de un espíritu propio que crea espontáneamente las costumbres y, con ellas, el derecho consuetudinario. "Cuando el Estado da forma legislativa al Derecho, no lo crea; sólo ejerce sobre él una acción consciente y política... El Estado, por tanto, es un comitente u órgano coactivo de la voluntad popular. Como tal, da realidad y cumplimiento al Derecho, aunque su origen y desarrollo sean ajenos a su acción positiva y consciente" [24].

En síntesis, para Puchta el espíritu popular constituye una fuerza distinta e independiente. No es el producto de la vida histórica del pueblo, sino que existe desde el origen de la evolución histórica y determina las costumbres y la historia del pueblo.

Para valorar críticamente las concepciones que acerca del derecho consuetudinario formuló la escuela histórica, es menester puntualizar que, al lado de notables aciertos (que se encuentran ya en Savigny), incurrió en errores fundamentales (más notorios en la obra de Puchta). Fue justificada su reacción contra las escuelas racionalistas en cuanto proclamó la necesidad de estudiar el Derecho tal como se manifiesta espontáneamente en la historia, en las costumbres, en relación con las condiciones particulares de cada pueblo. También tenía razón la escuela histórica al negar que la costumbre deriva su autoridad de la voluntad del legislador. Un defecto grave fue, por el contrario, incurrir en el error opuesto por no advertir el muy importante papel del legislador, relegándolo a un segundo plano de mero intérprete y traductor del espíritu popular. Pero el defecto más grave, sin duda, es su concepción metafísica y romántica del pueblo, concepción que se hace más aguda en Puchta y que fue abandonada por el positivismo posterior.

22 KORKOUNOV, N. M., *Cours...*, cit., pág. 171.

23 Ver Cap. 10, "La escuela histórica".

24 BUNGE, C. O., *El Derecho,* cit., pág. 129; KORKOUNOV, N. M., *Cours...*, cit., pág. 173.

iii) El positivismo legalista

El positivismo que subsiguió a la escuela histórica (y que todavía hoy ejerce con diversas modalidades una evidente hegemonía en el pensamiento de los juristas), si bien entronca con el historicismo en su rechazo del Derecho Natural y de las especulaciones racionales, no comulga con su doctrina sobre la costumbre. Por el contrario, sostiene que es el derecho estatal, manifestado primordialmente por la ley, el objeto del conocimiento jurídico. El Derecho se identifica en términos generales con la ley —considerada especialmente en sus aspectos formales—, y la costumbre pasa a registrar en un lugar muy secundario, ya sea para regular materias que todavía no han sido objeto de regulación legal, ya sea, en fin, solamente cuando la ley se refiere expresamente a ella [25]. La costumbre, no obstante, ha sido revalorada más recientemente por la tendencia del derecho libre, por la jurisprudencia sociológica y, en general, por la evidencia de que la interpretación judicial de las leyes tiene caracteres creadores y de que no puede divorciarse del sentir popular consuetudinario [26].

25 Serían, por lo tanto, exclusivamente los casos que la doctrina tradicional denomina *præter legem* (más allá de la ley) o aun la doctrina más restringida que adoptó nuestro Código Civil en su artículo 17, al decir que *los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos,* casos que la doctrina tradicional conoce con el nombre de costumbre *secundum legem*. Un ejemplo se encuentra en el art. 1627 del mismo cuerpo legal, que dice: *El que hiciere algún trabajo o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir. En tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros.*

26 Sobre las escuelas modernas en general, conviene recordar que todas rechazan el dogma estatal y legalista que sirvió de base a las escuelas clásicas (v. pto. 16.3.).

iv) Estado actual del problema

Ya hemos señalado que los autores contemporáneos se colocan usualmente en la situación de un derecho legislado y aceptan dogmáticamente la autoridad estatal. Desde ese punto de partida, en caso de conflicto entre la ley y la costumbre se pronuncian a favor de la primera. Pero en una consideración semejante no se plantea el tema en toda su amplitud y dejan de considerarse fenómenos decisivos.

Con una visión más amplia Walter Heinrich, estudiando las relaciones entre la ley y el derecho consuetudinario, ha descrito tres formas de este último: 1) *delegante;* 2) *delegado;* 3) *derogatorio.*

1) "El derecho consuetudinario *delegante* se da cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a una determinada instancia para crear derecho escrito" [27]. La costumbre se halla en estos casos supraordinada a la ley. Específicamente podríamos mencionar aquí el caso de las *constituciones consuetudinarias* y, en un sentido más amplio, y en forma concordante con lo que ya hemos dicho, tanto el caso del *principio de efectividad* —como delegación hecha por la costumbre en el legislador originario o primer constituyente—, como las normas consuetudinarias —que forman el derecho internacional público general— en cuanto importan una delegación en los Estados particulares [28].

2) Derecho consuetudinario *delegado* existe en aquellos casos en que la ley se remite expresamente a la costumbre para la solución de determinadas controversias. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la ley se remite a los *usos mercantiles* para determinar el significado de las cláusulas insertas en los contratos, el precio corriente, etcétera.

No sin cierto artificio, pueden considerarse también casos de derecho consuetudinario implícitamente delegado aquellos que la doctrina tradicional denomina *præter legem,* es decir, los casos en que se forma una costumbre independientemente de la ley sobre materias "no reguladas" por ésta. En estas situaciones se suele admitir por los autores la validez de dicha costumbre, y ésta puede ser efectivamente convalidada por la jurisprudencia o, aun, por una ley posterior. Desde un punto de vista lógico

[27] HEINRICH, Walter, "Aur problematik des gewohneitsrechts", en *Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Gèny.*

[28] Ver Cap. 14. Los dos casos se pueden identificar si consideramos, con Kelsen, que el principio de efectividad que rige en el orden interno constituye a la vez una norma positiva del derecho internacional general consuetudinario, mediante la cual éste delega la facultad de crear derecho en los gobiernos efectivos de los diversos Estados.

puede considerarse esta costumbre como autorizada por la ley —es decir, *delegada* por la misma—, en cuanto no se encuentra prohibida por dicha ley [29].

3) Derecho consuetudinario *derogatorio* es el que existe toda vez que una ley carece de vigencia por obra de la costumbre, ya sea que nunca la haya tenido —o sea en los casos en que la práctica prescinde de la ley y se actúa como si ésta no existiera (*desuetudo*)—, ya sea que, habiendo alcanzado vigencia, la haya perdido más tarde por la formación de una costumbre contraria *(costumbre abrogatoria).*

De estos casos el tercero, es decir, la costumbre derogatoria, es el que más ha llamado la atención de los autores y el que ha dado lugar a mayores pronunciamientos [30]. En términos generales y apriorísticos, lo único que se puede decir es que, si efectivamente una costumbre tiene carácter plenamente general (en cuanto también es acatada por los órganos de aplicación), nada puede contra ella la ley, aunque ésta contenga disposiciones expresas excluyendo a las costumbres como fuentes de Derecho [31]. Si no es ése el caso (es decir, si se trata de una costumbre espontáneamente formada, pero que aún no ha tenido convalidación judicial), se produce un conflicto entre la ley y la costumbre en el que es la jurisprudencia la llamada a decidir. En esta segunda hipótesis ya no cabe un enfoque gene-

[29] La teoría tradicional —que remonta al Derecho Romano y a las *Partidas*— distingue las costumbres *secundum legem, præter legem* y *contra legem,* pero esta clasificación es susceptible de serias objeciones, ya que descansa en dos puntos de vista, uno lógico y otro histórico-sociológico. Dado que la delegación puede ser, según lo hemos señalado, expresa o tácita, desde un punto de vista estrictamente lógico la clasificación sólo puede ser bipartita: o la costumbre concuerda con la ley *(secundum legem),* o va contra ella *(contra legem).* De no admitir delegación tácita en la costumbre *secundum legem,* resultaría que toda costumbre no expresamente delegada sería necesariamente *contra legem.*

[30] El Derecho Romano admitía sin disputa la derogación de las leyes por obra de la costumbre: lo mismo las *Partidas,* así como el derecho canónico. El Código Napoleón no se pronunció expresamente sobre el punto y de aquí que la doctrina francesa antigua se encontró indecisa; más tarde, sin embargo, puede considerarse que prevaleció la opinión de Zacharie y de Aubry y Rau, contraria a la costumbre derogatoria. Reflejo de esta opinión prevalente es la doctrina sustentada por Vélez Sarsfield en el art. 17 de nuestro Código Civil, que niega valor a la costumbre. Nuestros autores suelen aceptar dogmáticamente lo establecido en el Código.

[31] La inoperancia de las disposiciones legales que pretenden excluir a la costumbre como fuente de Derecho ha sido advertida con claridad por Enneccerus, quien dice: "...a la ley le falta el poder de excluir con seguridad la formación de derecho consuetudinario, pues lo que avanza como voluntad jurídica, generalmente manifestada, es Derecho, aunque contradiga una prohibición" (ENNECCERUS, *Tratado...,* cit., págs. 159-160).

ral y apriorístico del problema, sino que corresponde colocarse en cada situación concreta de lugar y tiempo y estudiar la jurisprudencia sobre el punto.

19.1.5. La costumbre en nuestro Derecho

Para aquilatar la importancia real que asume la costumbre en nuestro ordenamiento positivo, conviene empezar por advertir que, en términos universales y apriorísticos, la situación no es ni puede ser diversa a la que hemos visto al ocuparnos de la costumbre en general: dadas las características propias de esta fuente normativa *no es posible descartarla a priori, sino que es menester estudiar en cada caso si existe o no*. Si una costumbre, cualquiera que ella sea y en cualquier rama del Derecho que sea, se ha formado efectivamente, si existe, constituye un hecho, un *datum*, cuya existencia es imposible desconocer y cuya eficacia normativa no puede ser puesta en duda.

Reiterada de este modo la afirmación del principio que rige la materia, convendrá, de acuerdo con lo dicho, acudir a la experiencia para sopesar el valor real que tenga la costumbre en nuestro derecho positivo, pasando para ello somera revista a sus ramas principales.

Derecho constitucional. En general, se llama "Constitución" a una *ley* de índole especial, sancionada por un órgano constituyente; a un texto escrito, ley de leyes en cuanto se encuentra por encima de las leyes comunes sancionadas por el Congreso. *Pero Constitución es la norma o conjunto de normas en las que fundan su validez las normas generales.* Ahora bien, ese conjunto de normas en las que se hacen compatibles todas las normas generales que rigen en una comunidad, no tiene por qué tener necesariamente una fuente *legal:* la Constitución puede emanar de la fuente *consuetudinaria* (extrajudicial o judicial).

Según lo advertido más arriba, la Constitución admite, simultáneamente, una fuente legal y otra consuetudinaria y la efectiva norma constitucional vigente puede estar dada por esta última, a despecho de los textos que constituyen la primera. En nuestra Constitución es indudable que prevalece cuantitativamente, con mucho, la fuente legal sobre la consuetudinaria, no obstante lo cual señalaremos algunas instituciones de origen consuetudinario, así como la derogación consuetudinaria de algunos textos constitucionales.

Juicio por jurados. El artículo 24 de la Constitución dice: *El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados.* El juicio por jurados no ha sido, empero, establecido hasta la fecha. ¿Diremos que todos los congresos durante una centuria faltaron a su deber constitucional de establecer el juicio por jurados, o, más bien, que la Constitución que verdaderamente vivió la comunidad durante esos cien años no incluía esa exigencia? Si la segunda parte de la alternativa es cierta, como no cabe dudarlo, entonces deberá admitirse que se formó una norma constitucional consuetudinaria (costumbre extrajudicial) derogatoria de ese texto sancionado en 1853.

Control judicial de la constitución de las leyes. La doctrina según la cual los jueces pueden dejar de aplicar, con relación a los casos ocurrentes, las leyes que estiman inconstitucionales, en una teoría que no resulta de disposiciones expresas de la Constitución. Sin embargo, siguiendo el mismo criterio sentado por la Corte Suprema estadounidense en el célebre caso "Marbury *vs.* Madison", nuestros tribunales siempre se han considerado investidos de tal facultad. También son de creación pretoriana el recurso extraordinario por arbitrariedad y la acción de amparo [32]. Todos estos casos son ejemplos de costumbre judicial.

Gobierno de facto. Los textos constitucionales de 1853 nada establecen sobre la extraña situación que se produce cuando el Poder Ejecutivo es derrocado por vía del golpe de Estado y los nuevos gobernantes disuelven el Congreso, dejando subsistente, por lo demás, el Poder Judicial y admitiendo la validez general de la Constitución Nacional. Esta situación, no obstante, se ha producido en los años 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y1976. El país se resignó a vivir normalmente acatando las normas generales (decretos-leyes) promulgadas por estos gobiernos *de facto,* cosa que también hicieron los tribunales en sus fallos. De esta suerte puede decirse, sin lugar a dudas, que cualquiera sea la doctrina más o menos autorizada que pueda referirse a dicha situación evidentemente contraria a la Constitución "legal", el régimen de los gobiernos *de facto* se fundamenta en una costumbre general y constituye así toda una creación de nuestro derecho constitucional consuetudinario, de nuestra Constitución "real" [33].

Derecho civil. Nuestro Código Civil en su artículo 17 constituye el punto de referencia necesario al tratar el tema del valor de la costumbre en esta rama del Derecho, ya que dicha disposición legal trató de excluir, originariamente, ese valor. Decía la anterior redacción del artículo 17, debida a Vélez Sarsfield:

[32] AFTALIÓN, Enrique R., *El Juez Marshall, la Historia del Derecho Argentino y la Creación Judicial de Derecho*, Buenos Aires, 1963.

[33] AFTALIÓN, Enrique R., "Validez constitucional y duración de los decretos-leyes", *La Nación*, 5-I-1964.

Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos.

Con razón se ha sostenido que la primera ley que la costumbre deroga es aquella que pretende impedir que la costumbre derogue o modifique las leyes. La realidad jurídica se venga, así, de la pretensión racionalista del legislador. Tanto, así que ante esa realidad fue modificado el artículo 17 por la ley 17.711 (de 1968), que introdujo como nuevo texto el siguiente:

Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

Pero aun durante la vigencia del dogma legal que prohibía a la costumbre jugar su papel creador en materia civil, debe advertirse que como son numerosos los textos legales que se refieren a ella, su valor no era despreciable. Así, por ejemplo, el artículo 950 se refiere a las leyes y *usos* del lugar como norma que rige la forma de los actos jurídicos; los artículos 1504 y 1556, referentes a la locación, se remiten a la costumbre para determinar el uso que ha de darse a la cosa alquilada y el plazo de devolución de la misma cuando ninguno se hubiera convenido; el artículo 1627 defiere a la costumbre la remuneración del que presta un servicio cuando ninguna se hubiera convenido; el artículo 1623 determina que en la locación de obra, si no se hubiese convenido el modo de hacerla, el empresario deberá ajustarse a la costumbre del lugar, etcétera.

Pero como ya lo advertimos más arriba, en esta materia no es suficiente considerar el texto legal, sino que es necesario considerar la experiencia jurídica real para pronunciarse sobre el tema. *La realidad mostró que, si bien no fueron abundantes con exceso, no faltaron, por cierto, instituciones civiles que, pese a la pretendida prohibición que pretendía el artículo 17, fueron y son reguladas por la costumbre.*

Así, por ejemplo, el derecho al nombre, el uso del apellido del marido para la mujer casada, la pérdida del mismo en caso de divorcio por causal infamante o inmoral; las cláusulas de estilo agregadas al contrato de compraventa por mensualidades, cláusulas consuetudinarias sometidas por la jurisprudencia a una prudente limitación en nombre de la moral y las buenas costumbres; el contrato de servicio doméstico y la prueba relativa al pago del salario del mismo; el régimen de los sepulcros, etcétera; son todas materias en las que nuestras costumbres han hallado un favorable eco en nuestra jurisprudencia, completando o corrigiendo los textos legales [34].

[34] SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil,* T. I, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, 1947, págs. 405-407.

Hoy, que esa prohibición legal no existe, la costumbre seguirá naturalmente rigiendo muchas instituciones. Inclusive puede pensarse que así como no se respetó la prohibición que imponía el artículo 17, tampoco se ha de respetar la limitación que el nuevo texto mantiene al restringir su papel a los casos silenciados por las leyes (costumbre *præter legem*), pudiendo eventualmente regir *contra legem* [35].

Derecho comercial. La importancia de la costumbre es particularmente notable en esta rama del Derecho, nacida ella misma por vía consuetudinaria. Nos ocuparemos de este tema al tratar dicha rama.

Derecho penal. También nos referimos al valor de la costumbre en esta rama del Derecho en el Capítulo 25, al tratar el derecho penal, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto, sin perjuicio de adelantar la siguiente síntesis:

1°) El derecho penal es Derecho y, por consiguiente, le son aplicables sin excepción las indagaciones generales sobre el valor normativo de la costumbre. *No es posible excluir, por consiguiente, a priori,* a la costumbre de las fuentes del derecho penal, como no es posible excluir a ninguna fuente, ya que el tema de las fuentes es general y válido para todo Derecho.

2°) No obstante, debe admitirse que la poderosa vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* —que constituye un estándar axiológico propio de los sistemas penales humanitarios y democráticos— constituye un obstáculo imponente para la formación actual de cualquier costumbre *incriminatoria,* ya que la institución de la misma no encontrará fácilmente el consentimiento general sobre el que necesariamente debe descansar.

3°) No existe, en cambio, nada que se oponga decisivamente a la formación de una costumbre *desincriminatoria,* como no sea el apego de los juristas a la ley y el repetido estribillo de que la ley es la "única fuente" del derecho penal.

19.1.6. Papel fundamental de la costumbre

Sea en los sistemas jurídicos rudimentarios, en los cuales el papel de la costumbre es sumamente notorio, sea en los sistemas más evolucionados en los que hay ya normas expresas para una muy grande variedad de situaciones posibles, la costumbre juega un papel fundamental por lo que vamos a destacar ahora.

[35] Puede verse DEL CARRIL, Enrique V. - GAGLIARDO, Mariano, "La costumbre como fuente de Derecho", *E.D.,* 24-X-1974.

La costumbre juega un rol esencial en la primera Constitución. La primera Constitución se basa o se funda directamente en la costumbre: el acatamiento general que se le brinda al órgano o conjunto de órganos que la dictaron hace que esa primera Constitución lo sea efectivamente y no se convierta en uno de los tantos intentos frustrados. Es el acatamiento general lo que da una diferencia esencial entre la Constitución de 1853 y las constituciones de 1819 y 1824; aquélla lo tiene y éstas no.

Si de la primera Constitución pasamos a la Constitución vigente, la situación es exactamente la misma. La Constitución vigente va a ser tal por el acatamiento general. Más aún, la verdadera Constitución va a estar dada por las peculiaridades de este acatamiento, más que por el texto escrito. Dos países con un mismo o similar texto constitucional pueden tener dos constituciones reales muy diferentes. Éste es el caso de los Estados Unidos y la Argentina. A pesar de que nuestra Constitución es prácticamente igual a la estadounidense, es sumamente notorio que *la Constitución real* es muy diferente en uno y otro país; esta diferencia radica en el distinto tipo de acatamiento que han recibido una y otra. Paralelamente al derecho constitucional escrito, hay un derecho constitucional de tipo consuetudinario. En la medida en que ambos coincidan bastará con conocer la formulación escrita, pero si no coinciden es imprescindible integrar el texto constitucional con los hechos de conducta que ocurren en la comunidad y que modifican el texto escrito. Piénsese qué poco derecho constitucional argentino conocería aquel abogado que sólo conociese el texto de la Constitución.

Además de la importancia señalada, la costumbre juega un papel protagónico en el derecho internacional público. Allí la generalidad de las relaciones son básicamente consuetudinarias, además de que la propia norma básica del derecho internacional establece: "Los Estados deben conducirse en la forma en que lo vienen haciendo".

19.2. La jurisprudencia

19.2.1. Concepto

La palabra jurisprudencia se emplea en dos acepciones: la primera es equivalente a *ciencia o conocimiento del Derecho (iuris prudentia);* la segunda, que hoy puede considerarse prevalente —y que es la que nos interesa en este capítulo— se refiere, en términos generales, al *sentido concordante de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del Estado* [36].

[36] Empleamos la expresión más amplia *resoluciones de los órganos jurisdiccionales del Estado* y no la más estrecha y corriente de *fallos judiciales*, que excluiría a la jurisprudencia administrativa.

El fenómeno de la jurisprudencia debe buscarse, por lo tanto, en las decisiones de los órganos jurisdiccionales del Estado y se manifiesta *como una repetición, como una forma habitual o uniforme del pronunciarse* [37], forma que denota la *influencia de unos fallos sobre otros* [38] y aun la presencia de un *conjunto de principios y doctrinas (comunes) contenidos en las decisiones de los tribunales. Se desprende, por lo tanto, del conjunto de fallos precedentes, una norma o regla general* [39] vigente en los tribunales sobre un punto determinado y, en la medida en que un tribunal llamado a pronunciarse sobre un nuevo caso "similar" acude a dicha regla para objetivar el sentido jurídico del mismo, para alcanzar la objetividad de su sentencia, se habla de la *jurisprudencia como fuente del Derecho* [40].

De lo anterior cabe inferir que el secreto de la jurisprudencia está, tal como hemos visto al tratar la costumbre, en la existencia de un *núcleo ideal genérico, idéntico, común* a una serie indefinida de casos individuales, pese a que éstos son, en su concreta realidad existencial, diversos. La jurisprudencia es, pues, similar a la costumbre y por ello ya hemos tenido que tomar contacto con ella al hablar de la "costumbre judicial".

[37] En contra, Ymaz, quien señaló que también los precedentes aislados forman parte del fenómeno de la jurisprudencia (YMAZ, Esteban, "Meditación sobre la jurisprudencia", *L.L.*, 98-854).

[38] Señala Cossio (COSSIO, C., *El Derecho...*, cit., pág. 168), la *existencia* de la jurisprudencia *en el hecho,* universalmente reconocido, *de que en la práctica forense hay ciertos fallos que influyen sobre otros.*

[39] Del planteo hecho en el texto se desprende sin dificultad que el tema de la jurisprudencia se encuentra íntimamente vinculado a otro tema de apasionada controversia doctrinaria: el de si los jueces crean Derecho.

Los teorizadores del derecho anglosajón advierten, en forma unánime y precisa, que toda sentencia judicial *crea* Derecho, cosa que ocurre en dos sentidos: a) en cuanto al caso particular fallado, cuyo sentido jurídico queda así específicamente establecido —mediante la creación de una norma individual, agregaríamos nosotros—; b) en cuanto dicho fallo o decisión, de acuerdo con el principio básico de que hay que *stare decisis* (acatar las decisiones) se incorpora al cuerpo general del *common law,* convirtiéndose en un *precedente obligatorio* —o, al menos, "persuasivo"—, tanto para el propio tribunal que lo dicta como para los demás cuando tengan que resolver casos iguales o análogos *(judge made law).*

En los derechos europeo y latinoamericano, el asunto no es visto con igual unanimidad y nitidez. Aunque empieza a admitirse que la facultad judicial de resolver los casos particulares importa la creación de normas individuales, es todavía controvertido el punto relativo a si los fallos judiciales constituyen, a la vez, una fuente formal del Derecho (jurisprudencial). Es indudable que en torno de esta cuestión gravita un prejuicio ideológico, generalizado en los derechos continental y latinoamericano: el temor de entregar demasiados poderes a los jueces.

[40] Ver *supra,* Cap. 16.

Sin embargo, hay que anotar diferencias importantes: 1) la costumbre general o pura es obra de todos y cada uno de los miembros de la comunidad; la jurisprudencia, en cambio, obra de un sector perfectamente definido, formado por los órganos jurisdiccionales; 2) la costumbre general se forma también en el espontáneo ejercicio de sus derechos o cumplimiento de sus deberes por parte de los particulares; la jurisprudencia, solamente en caso de conflicto que deba dirimirse por la intervención estatal; 3) la costumbre es espontánea; la jurisprudencia, reflexiva; 4) en la costumbre pura, el núcleo de identidad se encuentra meramente *dado* en las *acciones repetidas;* en la jurisprudencia se encuentra también *pensado* en los fallos concordantes [41].

[41] En la costumbre pura se encuentra, pues, en la serie de actos dados que se equiparan por su núcleo genérico común; en la jurisprudencia, en cambio, hay dos series: *la de los actos dados* a los cuales se refiere la jurisprudencia y *la de los actos pensados* en los fallos sucesivos. Desde luego que estos hechos *dados* y *pensados* son los *mismos hechos,* lo que en definitiva quiere decir que no sólo habrá que equiparar diversos actos dados por su núcleo común, sino que también habrá que equiparar las diversas conceptuaciones hechas en los fallos por su núcleo común y que todavía, aquel núcleo común dado en los hechos y este núcleo común pensado en los pensamientos deben también coincidir, deben tener algo en común.

Esta división entre los *hechos dados* al conocimiento del juez y la *conceptuación* con que éste ejercita ese conocimiento, se refleja con bastante fidelidad en la división entre *resultandos* (síntesis de los hechos probados) y *considerandos* (expresión de la comprensión judicial de los mismos) que se encuentra en las sentencias. A través de dicha división podemos nosotros, en efecto, reproducir y valorar el acierto o desacierto del *juicio judicial,* confrontando si en los *considerandos* se ha logrado significar el núcleo genérico de sentido que se encuentra implícito en los *resultandos.*

Pongamos algunos ejemplos de nuestros tribunales para ver cómo funciona en concreto la jurisprudencia. Los delitos de robo y hurto tienen su núcleo genérico de sentido significado en las palabras de la ley "apoderamiento ilegítimo de cosa mueble ajena" (art. 162, Cód. Pen.). Aquí se encuentra significado por la ley lo común a muchos hechos frecuentes triviales o graves. Pocas dudas caben en la "aplicación" de esta ley si me sacan la cartera en el tranvía, si desvalijan mi casa, etc. Coinciden aquí las valoraciones vigentes, la conducta social usual y las palabras de la ley. La jurisprudencia, como fuente, apenas tiene tarea específica que cumplir en casos semejantes.

Pero variemos ahora algunas circunstancias del caso. Supongamos que tomo un fósforo de un saco colgado en el perchero de la oficina. El sentido común no habla de robo o hurto en un caso semejante y el sentimiento general se resiste a que un hombre sea condenado por tal hecho. La jurisprudencia limitará ahora el género legal, exigiendo, para que haya delito de hurto, que la cosa tenga un valor mínimo. Supongamos, no obstante, que me he llevado un libro de la oficina o de la casa de un amigo; todavía la jurisprudencia podrá aproximarse a la correcta o verdadera conceptuación del caso advirtiendo, de acuerdo con las circunstancias, que yo he tomado el libro para leerlo y devolverlo y no para quedarme con él.

Como vemos, las palabras que emplea la ley para describir sus géneros —y las que emplea la jurisprudencia para describir las especies incluidas o excluidas en él— constituyen *significaciones genéricas* referidas a verdaderos *tipos empíricos,* claros y precisos en su centro y bastante borrosos en sus límites. El caso mismo, por otra parte, con sus circunstancias relevantes, pertenece de hecho a un tipo empírico o género de conducta, e implica siempre, en cuanto hecho de conducta, una valoración. En la costumbre no hay más que estos *géneros o tipos empíricos* dados en el caso juntamente con su valoración. En la ley y la jurisprudencia, además de estos géneros dados, están los *géneros significados* en las *palabras* del legislador o los jueces. La significación misma, expresada en vocablos, es la fuente de sentidos genéricos propia de la ley; pero en la jurisprudencia, en cambio, *la serie de significaciones concordante está referida a la serie de casos concordantes y esta referencia en su unidad es la que constituye la fuente* de sentidos genéricos jurisprudenciales.

19.2.2. La jurisprudencia como fuente de Derecho. Análisis de su obligatoriedad

Dado que el juez o el intérprete acuden a los fallos anteriores, buscando en ellos objetivar el sentido jurídico de su caso, no cabe duda de que la jurisprudencia *es fuente* del Derecho. Y dado que este sentido no se objetiva solamente como una valoración libre sino que la jurisprudencia suministra perfiles externos de conducta, en la forma de un género al que corresponde lo ocurrido como especie o caso, no cabe duda de que es *fuente formal.* Otra cosa es el problema relativo a si su obligatoriedad es tan constrictiva como la de la ley o la costumbre, y eso es lo que veremos en seguida.

i) Grado de obligatoriedad de la jurisprudencia con relación a la costumbre y a la ley

Atento que el sentido genérico fijado por la jurisprudencia no ha sido establecido ni por la comunidad toda ni por su portavoz oficial e inmediato (el legislador), sino mediatamente por los jueces, diferir de su criterio ya no significa necesariamente alzarse contra la comunidad e incurrir así en la contradicción de la que hablamos al tratar de la obligatoriedad de las fuentes en el punto siguiente. Pues pueden ocurrir, efectivamente, diversas hipótesis en que esto no suceda.

Veamos algunas de las posibilidades más notorias:

1°) La jurisprudencia, si bien resolvió adecuadamente sus casos, no los conceptuó en forma acertada [42]. Pero ocurre entonces preguntarse

[42] Esto ocurre con frecuencia al analizar los fallos judiciales: convence a veces su justicia en relación al caso concreto, pero la conceptuación del mismo es indiscutible al punto que, variando las circunstancias, la aplicación lisa y llana del concepto general enunciado por el juez ya no resulta convincente. Volvamos a algunos ejemplos de la nota

¿qué es lo que hace la jurisprudencia? ¿la decisión o el argumento? ¿la parte dispositiva o los considerandos? En verdad ninguno de ambos separadamente, sino ambos en su congruencia. Así, estos precedentes pueden ser dejados de lado por el juez si éste pone de manifiesto el error de conceptuación en que han incurrido [43].

2°) Los precedentes no han conceptuado bien el caso, por prejuicios de clase [44], apego excesivo a la tradición, etcétera, cuando las valoraciones vigentes han cambiado entretanto [45].

3°) En el intervalo han cambiado las condiciones materiales de la existencia, los conocimientos científicos y la tecnología, lo que convierte en obsoleta a una conceptuación apegada muy estrechamente a las condiciones anteriores [46].

---

anterior. Supongamos que he tomado un folleto de casa de un amigo íntimo y que el juez me absuelve, acertadamente pero invocando para ello, como norma rectora, el escaso valor de la cosa. A todas luces esta generalización resulta inadecuada, ya que el sentido del caso puede cambiar si en lugar de sustraer el folleto a un amigo lo hago de una librería, p. ej., pese a que el valor de la cosa sea el mismo. Pero, por otra parte, el referido valor no es del todo indiferente, ya que, unido a la índole de la cosa sustraída, a la ausencia o presencia de mi amigo, el grado de confianza que nos une, al destino que he dado a la cosa, etc., va a configurar el verdadero sentido de mi conducta.

43 Siguiendo con el ejemplo anterior, vemos con claridad que el nuevo juez no se sentirá obligado por los precedentes de absolución en caso de apoderamiento de folletos basados en la "falta de valor pecuniario" si, en el caso, se tratase de la sustracción en una librería.

44 Todo error en la valoración se traduce, desde luego, en un error en la conceptuación y decisión final, y particularmente en el contenido preciso que se atribuye, en el caso, a los estándares elásticos en los que se suelen expresar las valoraciones vigentes. Así, la jurisprudencia debe determinar qué discriminaciones afectan la *igualdad ante la ley*, cuando se encuentra afectado el *orden público*, cuándo está vulnerada la *garantía constitucional de la propiedad*, etc. El desacierto judicial se pone aún más de manifiesto cuando las valoraciones vigentes, por un proceso económico-social y/o ideológico, cambian aceleradamente y los jueces permanecen aferrados a las anteriores. Así, por ejemplo, es clásica la oposición que, en nombre de los principios de libertad individual, libre contratación y libre comercio hicieron las cortes americanas al *New Deal* del presidente Roosevelt.

45 Suele darse este caso, en su forma pura, cuando la jurisprudencia sobre el punto es muy antigua. Una combinación de este caso con el precedente ocurrió entre nosotros cuando la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la ley que prohibía el divorcio vincular, en el caso "Sejean".

46 Como ejemplo de patrón vago y flexible, por su misma amplitud, cabe citar la palabra *cosa*. Más rígida es ya la "definición" del art. 2311, Cód. Civ.: *Se llaman cosas en este Código, los objetos corporales susceptibles de tener un valor.* Más rígida todavía re-

Llegamos pues a la conclusión de que, si bien la jurisprudencia es fuente de Derecho, y fuente formal, *no puede afirmarse que sea tan estrictamente obligatoria como la ley,* pues median a este respecto importantes diferencias, según veremos más abajo. Únicamente parece equipararse la obligatoriedad de la jurisprudencia a la de la ley en el sistema anglosajón de costumbre judicial, en el cual ciertos precedentes se consideran estrictamente obligatorios.

ii) Panorama de las fuentes del Derecho desde el punto de vista del juez

Si ahora desde la altura ganada en la consideración de la jurisprudencia, volvemos a contemplar el tema de las fuentes formales del Derecho desde el punto de vista del juez, advertimos el siguiente panorama:

Desde la posición del juez se puede afirmar que:

a) Ninguna fuente es *irrefragablemente constrictiva, obligatoria o necesaria.* Salvo el caso límite de una comunidad que actuara directamente como legisladora y juez siempre existe, de hecho, la posibilidad de que el juez falle "contra ley", "contra costumbre" o "contra jurisprudencia". Todavía en estos casos cabe la posibilidad, o bien de que el juez disimule su *revolución individual,* tratando de mostrar la objetividad del sentido que da a su caso, o bien que, simplemente, resuelva a su arbitrio, valido de su mera condición de juez, desafiando públicamente la autoridad de la ley, la costumbre, o la jurisprudencia y aun de la comunidad misma. Esta verdadera fractura en la lógica de los antecedentes, esta revolución individual, representa siempre, aunque el juez no se lo proponga, una apelación a la comunidad presente y futura. Porque, una de dos: o la comunidad vive el caso con el sentido dado por el juez; o no. En el primer caso el juez ha triunfado en su revolución individual; en el segundo su tarea habrá sido vana ya que cualquiera sea el sentido que él haya puesto en el caso, su sentido objetivo será aquel con el que colectivamente lo viva la comunidad en cuestión. Debe notarse, únicamente, que la revolución que realiza así el juez, no rompe la lógica de los antecedentes *formales* relativos a la delegación de la facultad jurisdiccional en ciertos órganos, sino exclusivamente la lógica de los antecedentes materiales relativos al caso sometido a su decisión [47].

---

sulta la división de las cosas en *muebles e inmuebles.* Ya hemos visto las dificultades que pueden traer estos conceptos en el caso de una "cosa" novedosa, como la electricidad.

47 Ésta es, pues, la diferencia entre esta "revolución" individual del juez —o de la que puede realizar el legislador al dictar leyes anticonstitucionales— con aquellas otras revoluciones que constituyen una fractura de la lógica de los antecedentes *formales,* es decir que ocasionan una sustitución de los órganos legítimos.

b) Aunque ninguna fuente es, pues, necesaria, lo *normal es que los jueces no apoyen exclusivamente el valor de sus fallos en su mera condición de tales sino que, por el contrario, lejos de toda prepotencia, tomen en serio su papel de órganos de la comunidad.* En otros términos, los jueces *tratan, en principio, de interpretar a la comunidad* al tiempo que *interpretan el caso.* En esta hipótesis, si su interpretación ha de ser una auténtica interpretación y no una adivinanza, ha de ser una comprensión, es decir, el hallazgo del *sentido* espiritual que corresponde objetivamente a un *sustrato material* sensible. Aquí aparecen las *fuentes* como los sustratos materiales en que ese sentido se encuentra dado.

c) En el referido proceso de la interpretación judicial, el juez debe hallar las *valoraciones vigentes* para adecuar o atemperar su propia comprensión emocional del caso a la que rige en la comunidad. Para ello acude: a) a todos los hechos externos que manifiestan o denotan, así sea en forma difusa, la existencia de tales valoraciones colectivas (movimientos de opinión, doctrinas filosóficas, programas políticos, etc.; o sea a las llamadas *fuentes materiales*). Y b) a todas las determinaciones de conducta (*fuentes formal-materiales;* ley, costumbres, jurisprudencia), que, como tales, entrañan siempre también la manifestación de una valoración y ponen de manifiesto en forma jurídico-positiva la existencia de valoraciones colectivas. Los textos constitucionales, el espíritu o razón de la ley, ciertos estándares elásticos (tales como lo *justo y razonable, el orden público y las buenas costumbres,* la noción de *buen padre de familia,* etc.) ocupan aquí el primer plano ya que en ellos se traducen, notoriamente, las valoraciones vigentes. Pero esta preponderancia no excluye, por cierto, determinaciones más concretas, pudiendo afirmarse con carácter general que todas las determinaciones normativas, aparte de su carácter de fuentes *formales,* hacen siempre referencia a un contenido axiológico y funcionan en este aspecto, por lo tanto, como *fuentes materiales* [48].

Sin embargo, esta tarea de conformar sus valoraciones a las vigentes en la comunidad, por la índole misma de la materia no reconoce límites muy precisos y, en rigor, lo único que se puede pedir sin dudas al juez es que la emprenda con buena voluntad y que no tome como punto de partida dogmático la infalibilidad de sus propias valoraciones, es decir, la correspondencia indubitable entre éstas y las objetivamente vigentes. La falta de conformidad a las valoraciones vigentes no se traduce en términos tales que coloquen al juez en la franca disyuntiva de conformarse a la comunidad o alzarse contra ella. En esta materia, nunca aparecen las discordancias en los términos ilevantables de las contradicciones de la lógica, y el juez siempre tiene margen para verse a sí mismo como intérprete fiel de la comunidad.

[48] La delimitación de géneros y de perfiles sensibles o externos de conducta, propia de las *fuentes formales,* implica también una valoración, ya que toda conducta es siempre, como objeto de cultura, algo valioso o disvalioso. Las fuentes formales son pues, siempre, también *fuentes materiales,* en cuanto entrañan una valoración. Conviene por ello reservar el nombre de *fuentes materiales* a las que se limitan a denotar una valoración vigente, aunque no sirvan para delimitar genéricamente a la conducta por sus perfiles externos (declaraciones ideológicas, programas partidarios, afirmaciones de valores tales como la cooperación, la solidaridad, etc.).

d) Pero, lo hemos visto, el órgano jurisdiccional, para hacer objetiva su comprensión, debe avanzar más. Debe mostrar su caso como caso de un *género.* Debe *conceptuarlo.* Entramos así en el campo de las fuentes, en cuanto *fuentes formales;* ciertos hechos externos en los cuales el juez encuentra —por interpretación— la existencia de sentido genérico de conducta que corresponde al caso *subiudice,* sentido que es compartido por los demás y, en último término, por la comunidad. Al señalar el caso como perteneciente a un género, por el juego del principio lógico de contradicción, el juez excluye del caso todo lo que no sea ese género que él ha señalado. Con la conceptualización interviene pues, en la comprensión del juez, la lógica.

Veamos ahora cómo y en qué medida sirven a esta tarea de conceptuación judicial las diversas fuentes formales (costumbre, ley, jurisprudencia, doctrina):

En el caso de la *costumbre general descentralizada,* la comunidad se expresa directamente suministrando el núcleo idéntico, común a los diversos actos repetidos y en el que se da el género en el cual el juez conceptúa su caso. Esta costumbre es *fuente formal obligatoria,* porque si el juez prescinde de ella vive la contradicción de afirmarse como órgano de la comunidad y, simultáneamente, prescindir del sentido genérico impuesto por ésta en la costumbre.

Hemos visto ya cómo, en el grado de *centralización jurisdiccional,* la costumbre general se transforma en "costumbre judicial". Al cumplirse este proceso, la costumbre judicial deviene también fuente *obligatoria,* con la salvedad de que, en la medida en que también la costumbre general se mantiene viva, el juez puede acudir a ella para rechazar la observancia de la costumbre judicial. En la costumbre judicial, los sentidos establecidos por los jueces —y con ellos los núcleos idénticos genéricos de sentido que se dan en la repetición de los fallos— son *recibidos, acatados y convalidados* por la observancia general. La costumbre judicial toma así el valor de costumbre general y es, por lo tanto, de observancia *obligatoria* para el juez, ya que alzarse contra ella sería alzarse contra la comunidad. Un caso notable de costumbre judicial, tal como se la viene describiendo,

es el *common law* inglés y norteamericano, en el que, efectivamente, los antiguos precedentes, aceptados sin discrepancias durante largo tiempo y con generalidad, tiene carácter *obligatorio* [49].

En el grado de *centralización legislativa,* la comunidad ha delegado en ciertos órganos el establecimiento de los sentidos genéricos de conducta a los cuales el juez debe subordinar su caso. La ley es, por consiguiente, fuente *obligatoria,* ya que alzarse contra ella significa alzarse contra la comunidad que sostiene al legislador. La ley obliga en forma particularmente precisa porque, al operarse la centralización legislativa, queda en primer plano el Estado, y la comunidad, aunque fundante, pasa a un segundo plano inactual. El juez recibe así su investidura del Estado y entonces toda prescindencia de la ley significa un alzamiento contra el Estado, o sea, contra la misma autoridad que lo instituye. Este carácter obligatorio de la ley se ve realzado porque, estando aquí el sentido genérico expresamente *significado* en las palabras de la ley, no se encuentra más o menos implícito en la repetición de actos, sino que se encuentra *explícito* como *significación* [50].

Con todo, en el grado de centralización legislativa vuelve a producirse el fenómeno de la repetición en los fallos judiciales, fenómeno al que ahora denominaremos con más precisión *jurisprudencia* (y no *costumbre judicial,* como en el grado de centralización jurisdiccional). Puesto que la comunidad ha delegado la función de dar los sentidos genéricos de la conducta en el legislador, esta misión no puede, en principio, adquirirse por los jueces de hecho, por la vía del uso. La jurisprudencia es, pues, una *fuente subordinada a la ley,* complementaria, aclaratoria, especificado-

[49] Suele definirse, en efecto, el *common law* como *la costumbre general e inmemorial declarada de tiempo en tiempo en las decisiones de las cortes judiciales. Dicho sin metáforas, el common law* consiste en el *ordenamiento jurídico organizado de manera sistemática, sobre la base de la validez general que se le asigna a los precedentes judiciales... el Derecho que emerge de los casos* (CUETO RÚA, Julio C., *El Common Law, su Estructura Normativa,* La Ley, Buenos Aires, 1958).

Debe, por consiguiente, distinguirse entre la sentencia como un todo y la *ratio decidendi* que contiene. Sin embargo, esta última es una expresión muy oscura ya que, como lo observa Goodhart (GOODHART, Arthur, "Determining the *ratio decidendi* of a case", *Yale Law Journal, 40,* pág. 162) nunca la razón *(ratio)* que da el juez al decidir *(decidendi)* constituye la parte obligatoria de un precedente. Lo que importa en el precedente es la decisión del caso, en tanto basada en los hechos relevantes de dicho caso. Sólo el análisis concreto de los hechos relevantes del precedente y la decisión recaída en el mismo da su contenido preciso a la regla de la obligatoriedad del precedente *(stare decisis)* y no las meras razones invocadas por el juez.

[50] Ver Cap. 18.

ra [51]. *La jurisprudencia según esto, no tiene por sí sola la misma obligatoriedad de la ley* [52]. El Estado, y por su intermedio la comunidad, no dan al juez más facultad específica que la de decidir el caso concreto; el establecimiento de normas generales es, en principio, monopolio del legislador, y por lo tanto los sentidos genéricos que se encuentran en la repetición de fallos o jurisprudencia no pueden ser tan obligatorios como la ley para el juez que ha de fallar un nuevo caso [53].

No obstante lo expuesto, los jueces no ignoran que un *precedente* jurisprudencial recibido desde antiguo y repetido sin discrepancias y con amplia generalidad, con la conformidad comunitaria que supone, no debe dejarse de lado en forma inconvincente. Poderosos motivos lógicos o axiológicos ha de tener el juez para apartarse de un precedente semejante y es menester que: a) por el error lógico de la conceptuación jurisprudencia; b) por el cambio de las valoraciones vigentes; c) por el cambio de las condiciones de existencia, o d) por la repulsa comunitaria a los órganos jurisprudenciales anteriores, o por otra razón igualmente decisiva, sea evidentemente cuestionable el asentimiento comunitario a la jurisprudencia. Tal como lo ha declarado la Corte Suprema, para apartarse de una doctrina judicial prestigiosa es indispensable mostrar la existencia de "causas graves", que "hagan inevitable el cambio de criterio" [54].

[51] Usamos la palabra *especificatoria* en su sentido exacto de establecer *especies* subordinadas a los *géneros* legales. Ésta es la función precisa de la jurisprudencia en un sistema de derecho legislado: determinar especies que se incluyen o excluyen del marco genérico de la ley. Así, donde la ley establece que la obligación de una persona de reparar un daño se extiende a los causados por las personas que están bajo su dependencia (art. 113, Cód. Civ.), la jurisprudencia incluye la especie del daño causado por un empleado *en ejercicio de sus funciones*, del que hace responsable al patrón; y excluye la especie del daño causado por el empleado que no se encuentra en ejercicio de sus funciones. Donde la ley establece el delito de lesiones, la jurisprudencia excluye de la penalidad la especie de las lesiones deportivas, etc.

[52] Puede sin embargo, obtener una fuerza obligatoria similar a la de la ley, por disposiciones legales que establezca ciertos procedimientos para su fijación (casación, acuerdos plenarios, etc.), y la obligatoriedad de las normas jurisprudenciales así sentadas.

[53] Algunos autores conectan el asunto con el principio constitucional de la división de los poderes y, sobre esta base, llegan a negar toda obligatoriedad a la jurisprudencia, incluso en los casos especiales aludidos en la nota anterior (casación, plenarios). Si la Constitución no prevé la obligatoriedad de la *jurisprudencia* —dicen— esta obligatoriedad no podría tampoco ser establecida por vía puramente legal. El principio constitucional de separación de poderes vedaría al legislador la delegación de funciones que supone establecer la obligatoriedad genérica de la jurisprudencia.

[54] CSJN, *in re* "Baretta", *Fallos,* 183:409. Ver también *Fallos,* 216:91; 213:310, así como la sentencia dictada *in re* "Alemann y Cía.", *L.L.,* 27-XI-1975.

Se desprende de lo expuesto que la jurisprudencia ocupa, en punto a obligatoriedad, un lugar especial. Siendo las sentencias que la constituyen conceptuación de sus respectivos casos, conceptuación que ha de estar *subordinada a la ley, su autoridad emana originariamente de la fuerza de convicción de que se encuentren dotadas; pero con la repetición y el acatamiento comunitario consecutivo adquiere la jurisprudencia* (no ya la sentencia aislada, sino la norma o regla que se desprende del conjunto de fallos concordantes) *una nueva autoridad.* Sin embargo, esta nueva autoridad, de carácter dogmático, descansa sobre la primera, de lo que resulta lo siguiente: no bastará meramente, para alzarse contra la jurisprudencia reinante, mostrar la falta de fuerza de convicción de que adolece, sino que *habrá que mostrar que el consentimiento comunitario que acompaña hasta ese momento a la jurisprudencia se basa en su supuesta fuerza de convicción y que, entonces, al destruir ésta, simultáneamente se despoja a la jurisprudencia del respaldo que significa el acatamiento general.* Ahora bien, esto sucede exclusivamente en casos bien determinados, como los que hemos enumerado precedentemente.

La jurisprudencia no es, pues absolutamente obligatoria, ya que el juez puede dejarla de lado con el debido fundamento sin que esto signifique un alzamiento contra la comunidad; *es, en cambio, relativamente obligatoria,* en cuanto siempre que el juez no dé a su apartamiento el debido fundamento (es decir, siempre que no interprete hallarse en una de las hipótesis de excepción en que la jurisprudencia pierde el apoyo comunitario), vivirá su propia conducta, la de apartarse de una jurisprudencia recibida, como un verdadero alzamiento contra la comunidad.

Si reparamos ahora en la última fuente formal material, esto es, *la doctrina,* advertiremos por contraste lo típico de la jurisprudencia, *la única autoridad de la doctrina deriva de la fuerza de convicción de que está dotada.* Los géneros acuñados por la doctrina, la conceptuación que hace la misma de la conducta, no son nunca obligatorios para el juez, quien acude voluntariamente a ellos para objetivar el sentido jurídico de su caso sólo cuando, íntimamente convencido, lo cree conveniente. *La doctrina tiene, pues, en cuanto fuente formal, un carácter exclusivamente voluntario* [55]. También puede asumir la doctrina el carácter de fuente material, en cuanto el jurista pone de relieve un contenido axiológico y muestra la objeti-

[55] Cuando la opinión de algunos autores es declarada obligatoria por el poder público tenemos, no ya un caso de doctrina-fuente, sino un caso de delegación legislativa semejante al que hemos visto en la jurisprudencia obligatoria. Suele recordarse que en el Derecho Romano fueron declaradas obligatorias las opiniones de ciertos jurisconsultos *(responsa prudentium)* que gozaron del *ius publice respondendi,* es decir, del derecho de evacuar consultas jurídicas públicamente.

vidad de dicha valoración, independientemente de la caracterización genérica de la conducta a través de sus perfiles externos.

19.2.3. "Common law" y sistema continental romanista [56]

El fenómeno con el que hemos entrado en contacto con la jurisprudencia, a saber, la forma habitual o uniforme de pronunciarse los tribunales, el sentido concordante de los fallos, es, indiscutiblemente, un fenómeno universal. No obstante ello, este fenómeno único ha sido visualizado o interpretado en dos formas muy diversas y estas dos formas de interpretación han gravitado luego sobre los mismos datos, perfilando dos sistemas jurídicos distintos: el anglosajón o del *common law* y el continental.

i) Common law

En Inglaterra el fenómeno referido se implanta directamente sobre la "costumbre general" y se lo interpreta como manifestación de la *obligatoriedad del precedente (stare decisis).* Así Blackstone —el célebre jurista inglés del siglo XVIII— deriva el fundamento de la obligatoriedad del precedente, de la costumbre en la que se inspira y de la cual constituye la prueba más conspicua. Pero este fundamento consuetudinario se hace con el curso del tiempo más y más remoto hasta que, sobre la base del axioma de que el Derecho es creado por los jueces *(judge made law),* la obligatoriedad del precedente se convierte en la norma fundamental misma del *common law* [57]. De aquí el peculiar carácter *historicista* del pen-

[56] Se alude con dicha expresión a la diversidad que separa a la concepción romanista y continental de la anglosajona, que no se reduciría a una diversidad de "sistemas" sino que se pretende ver en ella una diversa mentalidad o "forma de pensar". Ver sobre el derecho anglosajón, Lord MAC MILLAN, "Deux manières de penser", en *Recueil d'Études en l'Honneur d'Édouard Lambert,* T. III, Paris, 1938, pág. 8; DAVID, René, *Introduction à l'Étude du Droit Privé de l'Angleterre,* Paris, 1948; CUETO RÚA, Julio, *El Common...,* cit.; GOTTHEIL, Julio - VILANOVA, José, "Los dos sistemas jurídicos", *L.L.,* 96-881. Especialmente seguimos aquí el artículo de TEDESCHI, Guido, "El sistema de los precedentes judiciales en el mundo contemporáneo", *L.L.,* 63-909, como una excelente síntesis de las opiniones más autorizadas sobre el sistema de precedentes.

[57] El estilo de pensamiento histórico que domina el *common law* es rebelde a una síntesis doctrinaria. Todas las teorías que han pretendido poner de relieve su consistencia se han mostrado, al cabo del tiempo, unilaterales y exageradas. Intentando una breve reseña histórica podrían mencionarse los momentos siguientes: 1) hacia comienzos del siglo XVII, Edward Coke (1552-1634), uno de los más grandes jueces ingleses, sostenía la autoridad de un Derecho Natural encarnado en el *common law* y superior al rey y al Parlamento; sostenía también, como veremos, la tradición y el respeto al pasado como esencia misma del *common law;* 2) las contradicciones internas aumentan al cabo de un siglo cuando otro clásico del *common law,* Blackstone (1723-1780), sostiene en sus famosos

samiento jurídico típico del *common law,* tal como aparece en la época clásica [58]. El sistema, que inicialmente exalta la personalidad del juez y la creación judicial, cuando los precedentes sobre las diversas materias se van acumulando, aplasta, por el contrario, al juzgador, cuya libertad y facultad de creación desaparece bajo el peso tremendo de los precedentes [59]. Ya en el siglo XVI, la creación de la *Court of Chancery* y la consiguiente división de los tribunales ingleses en los clásicos del *common law* y los de la *equity* —facultados para reformar o adicionar pretorianamente al *common law*— parece ser una reacción contra la extrema fijeza e inflexibilidad del sistema de precedentes [60]. Pero ello es insuficiente y aparecen como medios de renovación: 1) la sanción de normas legislativas *(statute law),* preferentemente en aquellas materias que por su acelerada

Comentarios estas diversas tesis en apariencia contradictorias: a) que el *common law* es la costumbre inmemorial declarada de tiempo en tiempo por los tribunales; b) que ninguna ley humana es superior al Derecho Natural (el *common law,* como en Coke, a más de costumbre positiva inmemorial, es Derecho Natural); c) que, no obstante lo anterior, el poder del Parlamento es ilimitado; 3) el respeto al precedente, afirmando progresivamente como práctica, se transforma en el siglo pasado en dogma constitutivo del *common law* (cfr. TEDESCHI, G., *op. cit.,* texto y autores citados en su nota 28); 4) hoy puede decirse que se insinúa la tendencia a atenuar el principio de la obligatoriedad del precedente, y por otra parte, no puede afirmarse que ninguna de las teorías haya sido abandonada sino más bien integrada con las otras, en ese peculiar estilo histórico de pensamiento que tanto permite desechar a veces contradicciones patentes, como fundar una decisión judicial en la doctrina sostenida en un fallo del siglo XV.

58 Se trata de un apego a lo antiguo, a la tradición, a lo viejo y consagrado que resiste hasta último momento los cambios y en el que éstos, cuando ya son inevitables, aparecen más bien como nuevas formas de algo antiguo. Este espíritu tan inglés ofrece ciertas analogías con el romano, según ya destacara Ihering.

El mismo espíritu conservador y apegado a lo antiguo que domina el *common law* animaba al gran juez Coke a aconsejar la búsqueda de los antecedentes más antiguos, de la primera generación y la memoria de los padres *(Interroga pristinam generationem et diligenter interroga patrum memoriam)* y sugiere la conclusión de que "la experiencia del pasado aplicada a las cuestiones del presente ha quedado como el lineamiento característico de la jurisprudencia inglesa" (TEDESCHI, G., *op. y loc. cit.*).

59 No es raro ver así a los tribunales ingleses, convencidos de la injusticia de la solución impuesta por el precedente, expresar su íntimo pesar en el mismo fallo que consagra la justicia. Aun se ha dado el caso de recomendar el tribunal al perdedor la apelación ante otro tribunal, que por su jerarquía no se encuentre ligado por el precedente en cuestión emanada de un tribunal inferior.

60 La conocida división de los tribunales ingleses en tribunales del *common law* y de *equity* tuvo su origen en el siglo XVI y comenzó como administración de justicia por el Ejecutivo, liberado —a diferencia de los jueces— de la obligatoriedad del precedente. Más tarde, sin embargo, esta división se incorporó al sistema estable de tribunales judiciales, dando lugar a la división de las dos ramas de los tribunales ingleses (POUND, Roscoe, "Justice according to law", *Columbia Law Review,* vol. 14, pág. 12).

transformación requieren urgentemente normas desligadas del pasado remoto; 2) la actividad creadora de los mismos tribunales que "olvidando" ciertos precedentes, distinguiendo sutilmente entre el precedente y el caso sometido a decisión, etcétera, proceden a la modificación paulatina e insensible del sistema; 3) en fin, levantando la tesis de que debe abolirse o atenuarse la doctrina del precedente obligatorio que, como ya hemos visto, aunque constituye la que da una idea más acabada del sistema, no se confunde totalmente con él. Tal es, en líneas muy generales, el denominado *common law* o sistema anglosajón [61].

ii) Sistema continental romanista

Aun después de la caída del Imperio Romano, en la recopilaciones escritas del Derecho Romano hechas por Justiniano, siguió viéndose en el continente la expresión máxima del Derecho. Más adelante, en España, las Leyes de Partida y las grandes recopilaciones siguieron ofreciendo en textos fijos las normas generales que habrían de regir, por decisión real, la vida común de los hombres. Con la sanción del Código Napoleón, y la codificación universal que sucedió a la Revolución Francesa, se reforzó una actitud mental ya largo tiempo arraigada en el jurista continental: *el Derecho está en la ley;* el juez se limita a aplicar la ley al caso concreto, a subsumir éste en aquélla.

Sin embargo, también en el derecho continental se da el fenómeno en el que hemos visto a la jurisprudencia: *surge una forma habitual o uniforme de pronunciarse los tribunales,* con la peculiaridad de que estos pronunciamientos uniformes no son una mera repetición del texto legal, sino que *dentro del género que el texto legal perfila precisan, por su parte, especies a las que otorgan un sentido jurídico determinado.* Los juristas continentales, aferrados a su dogma de que el Derecho es equivalente a la ley, no pensaron como los insulares que la jurisprudencia era el único fenómeno jurídicamente decisivo y, por lo tanto, no interpretaron el fenó-

61 El sistema de derecho judicial y del precedente obligatorio rige, desde luego, en Inglaterra —su patria de origen— y en sus ex colonias, que constituyen los Estados Unidos de América. En los países del *Commonwealth* también constituye el sistema predominante, con la particularidad de que tanto en ellos como en los EE.UU. los viejos precedentes ingleses son considerados como derecho local. Pero el sistema de los precedentes ha ganado también a países regidos nominalmente por otros sistemas, y aun por códigos, a favor de una influencia creciente de ese "estilo de pensamiento". Así Escocia, Quebec —Estado del Canadá, donde rige el Código Napoleón—, el Estado de Luisiana, con un Código Civil de derivación francesa; la Unión Sudafricana, Palestina y Chipre, han acogido también el sistema de los precedentes sobre la base de un derecho romano-holandés, musulmán, francés o alemán (TEDESCHI, G., *op. y loc. cit.*).

meno referido como denotando la obligatoriedad *jurídica* del precedente sino como un puro *hecho* al que acudirían los jueces por comodidad, hábito, rutina, etcétera. Sin embargo, aunque en el sistema continental en el campo doctrinario se suele rechazar ampulosamente la afirmación de que el juez hace el Derecho y también la teoría del precedente obligatorio, lo cierto es que, en la práctica, la tendencia a acudir a la autoridad de los precedentes es cada vez mayor, aunque no se trata del precedente aislado sino de una sucesión de precedentes [62].

De este modo —por atenuación de la doctrina de la obligatoriedad del precedente en el sistema anglosajón, y por el fenómeno inverso del prestigio creciente de los precedentes judiciales en el sistema romanista— *tienden a borrarse las diferencias aparentemente tajantes entre ambos sistemas, señalando lo que, indudablemente, tienen de común* [63].

A nuestro modo de ver, tanto la doctrina de que el precedente constituye norma obligatoria como la doctrina de que es un puro hecho que, cuando más, denotará valoraciones vigentes (fuente material), son, tomadas en su absoluto rigor, ambas erróneas. En realidad, sólo definen o indican la *tendencia* predominante en la consideración doctrinaria de ambos sistemas. Lo cierto es que, *tanto en uno como en otro sistema, la jurisprudencia imperante es obligatoria, pero es una obligatoriedad que rige sólo en la medida en que el juez no proceda a destruir los fundamentos de la misma, mostrando un error en la conceptuación, o un cambio en las condiciones materiales o en las valoraciones vigentes que la hagan inaplicable.* En el sistema inglés no existe más patrón para juzgar a la jurisprudencia que la jurisprudencia misma y los hechos sociales. En el sistema continental existe, además, el poderoso patrón de la ley, a la cual sistemáticamente se encuentra la jurisprudencia subordinada y que, por lo tanto, siempre puede ser invocada para revisarla [64].

[62] Como lo observaron Colin y Capitant, "las decisiones que se suceden respecto de litis idénticas o análogas tienden fatalmente a modelarse las unas a las otras. Llega un momento en que la jurisprudencia se *fija* sobre esta o aquella cuestión. A partir de aquel instante es como una nueva disposición de derecho consuetudinario práctico que brota" (COLIN, Armand - CAPITANT, Henri, *Cours Élémentaire de Droit Civil,* 6ª ed., Paris, 1930, pág. 34).

[63] AFTALIÓN, Enrique R., "Tendencias contemporáneas en los sistemas jurídicos", *L.L.,* 81-702.

[64] Esta situación diversa se presenta en toda su pureza cuando el precedente emana del mismo tribunal que debe dictar la nueva sentencia. En el sistema inglés, como no existe otro patrón para el tribunal que el precedente mismo, éste es obligatorio para él; en el sistema continental en cambio, si bien los tribunales inferiores se hallan frecuentemente obligados por los precedentes de los superiores, se encuentran, por el contrario, siempre libres respecto de sus propios precedentes, pudiendo en todos los casos variar la interpretación y la jurisprudencia respecto de cualquier punto en debate.

19.2.4. Valor de la jurisprudencia como fuente en nuestro Derecho

Ya hemos adelantado nuestra opinión general de que la jurisprudencia es *fuente material,* ya que en ella se encuentran concretadas las valoraciones vigentes, y que también es *fuente formal,* ya que aparecen diseñados y conceptuados positivamente en ella *géneros de conducta* a los cuales el juez o el intérprete subordina el caso sometido a su conocimiento a fin de hallar en él su sentido objetivo. También hemos visto que en un sistema legalista (continental-romanista) como el nuestro, estos géneros jurisprudenciales aparecen subordinados a los géneros más amplios significados en la ley; aparecen, pues, como *especies* y la jurisprudencia como especificación de los géneros legales. También hemos visto que la jurisprudencia, si bien no goza de la misma obligatoriedad que la ley es, en cambio, obligatoria en un grado mayor que la doctrina, y que el juez sólo puede dejarla de lado atacando fundadamente y haciendo caer la presunción de que la jurisprudencia imperante expresa adecuadamente el sentir y la apreciación comunitaria sobre los hechos acerca de los que versa.

Sin perjuicio de mantener dicha opinión general —en todo aplicable a nuestro Derecho—, conviene que nos detengamos en este punto, ya que el tema se ha planteado concretamente en nuestros tribunales dando ocasión para examinarlo a distinguidos juristas, e incluso a nuestro tribunal supremo.

i) El planteo en nuestros tribunales: la jurisprudencia y el efecto liberatorio del pago

El caso aludido era, en términos generales, el siguiente: una nueva interpretación jurisprudencial de leyes laborales (especialmente la ley de despido 11.729) había acordado a los empleados beneficios mayores de los que les confería la jurisprudencia anterior. Respecto de los casos posteriores a la nueva interpretación los tribunales, aplicando la nueva jurisprudencia ahora reinante, concedieron a los empleados mayores derechos que los que antes les reconocían. Respecto de los casos en que había mediado contienda judicial y fallo, la autoridad de la *cosa juzgada* se oponía a su revisión. Pero, ¿qué debía ocurrir en los casos en que patrono y obrero, de común acuerdo, habían procedido extrajudicialmente a hacer efectiva la indemnización legal? Los tribunales del fuero del trabajo de la Capital Federal, ante los cuales se planteó inicialmente la cuestión, sostuvieron que el hecho de que el obrero se hubiese dado por conforme y satisfecho de todo lo adeudado por el empleador no era óbice suficiente al progreso de su nuevo reclamo (fundado en la nueva interpretación), ya

que los beneficios que acuerdan las leyes del trabajo son irrenunciables. Si en el intervalo no se había operado la prescripción, el empleador era deudor —según la ley 11.729 (y la nueva interpretación de la misma)— y si el obrero presentaba una demanda por indemnización basada en dicha ley, debía hacerse lugar a la misma aunque se acreditase ante él la existencia de un pago anterior, ya que este pago no pasaría de ser un pago parcial, a cuenta. Tal fue, en apretada síntesis, la doctrina que prevaleció en los tribunales del trabajo de la Capital [65].

Sin embargo, el asunto podía ser encarado desde otro punto de vista. Cabía argumentar, en efecto, que la garantía constitucional de la propiedad ampara los derechos adquiridos, y que entre éstos figura la liberación del deudor por el cumplimiento regular de sus obligaciones. En apoyo de esta argumentación obraba una antigua jurisprudencia de la Corte Suprema, con motivo de la reiteración del cobro de impuestos, tasas y contribuciones, según la cual el pago, recibido sin observación por los funcionarios competentes, libera al deudor y constituye para éste un derecho patrimonial adquirido, amparado por la garantía constitucional de propiedad [66]. Esta doctrina de la Corte se aplicó sin dificultades a los casos en que a una ley laboral, dictada con carácter retroactivo, se opuso la existencia de un pago anterior, hecho "con sujeción a todo lo que en orden y sustancia dispongan las leyes" [67]. Pero ante la nueva situación (esto es, no el cambio de la ley —en que juega la cuestión de la retroactividad—, sino meramente el cambio de *jurisprudencia* en relación a la misma ley), ¿qué alcance se daría a la doctrina sobre el efecto liberatorio del pago? ¿Privaría el carácter irrenunciable de los derechos conferidos por las leyes laborales, o el efecto liberatorio del pago fundado en la garantía constitucio-

[65] Ver una reseña de esa jurisprudencia en *L.L.*, 57-335.

[66] CSJN, *Fallos*, 167:5; 180:16; 182:29; 184:620; 188:293: 209:213; 210:153 y 61. Cítanse antecedentes: *Fallos*, 151:103; 152:268; 154:162; 168:78 (citados por YMAZ, Esteban, "Acerca del efecto liberatorio del pago", *J.A.*, 6-IX-1959, nota 1).

[67] En el caso "Sentín, Manuel c/González, Florentino, S.R.L.", se reclamaba el aumento sobre salarios que dispuso el decreto 33.302, del 21-XII-1945, con efecto retroactivo al día 1° de dicho mes y año. La Corte sostuvo que el mero hecho de la retroactividad no es suficiente para declarar el decreto inconstitucional, dado que en nuestro Derecho el principio de irretroactividad no tiene jerarquía constitucional, sino simplemente legal (ver Cap. 14). Pero sin embargo, y esto es lo que aquí particularmente nos interesa, la Corte resolvió que *"el pago hecho con sujeción a todo lo que en orden a su forma y su sustancia dispongan las leyes es, con respecto a la legítima obligación a la cual corresponde, inalterable"* (*Fallos*, 209:193; la misma doctrina se repitió en *Fallos*, 211:576). A la retroactividad declarada por la nueva ley opuso, pues, la Corte, el *efecto liberatorio del pago* —garantizado por el amparo constitucional de la propiedad— *cumplido de acuerdo con la ley anterior*.

nal de la propiedad? *La Corte Suprema de Justicia resolvió que el pago realizado con arreglo a la ley, tal como ella era interpretada (jurisprudencia) por los tribunales pertinentes a la época del acto, libera definitivamente al deudor* y constituye un *derecho adquirido* al abrigo de cualquier cambio ulterior de jurisprudencia [68].

La referida doctrina, expresamente consagratoria de la "irretroactividad" de una interpretación jurisprudencial posterior y de la plena validez de los *actos cumplidos* bajo el imperio de la interpretación jurisprudencial anterior, había sido ya anticipada con anterioridad por la misma Corte Suprema, por las cámaras civiles en pleno y por la Cámara en lo Criminal de la Capital [69].

ii) Diversas doctrinas sobre dichos pronunciamientos

¿Constituyen estos pronunciamientos una formal equiparación de la ley y la jurisprudencia, en cuanto los actos cumplidos en observancia de

[68] Este nuevo giro de la doctrina sobre el efecto liberatorio del pago aparece en *Fallos*, 211:127; 213:34 y 215:420. Obsérvese bien lo novedoso del caso en relación a la hipótesis anterior: antes era una *nueva ley* la que trataba de aplicarse con efecto retroactivo y a ello se oponía la validez del pago hecho conforme a lo establecido por la *ley anterior*; ahora, en cambio, *la ley es la misma*, es una *nueva jurisprudencia* o interpretación de dicha ley la que pretende aplicarse y se opone a ello la *validez del pago cumplido de acuerdo con la jurisprudencia anterior*.

Este nuevo aspecto de la doctrina de la Corte —que roza el tema de la jurisprudencia como fuente— se puso de relieve por primera vez en *in re*, "Garducci, Victorio c/Instituto Biológico Argentino S.A." (20-VIII-1948, *L.L.*, 51-186, con importante nota de Roberto Martínez Ruiz).

[69] La Corte Suprema resolvió *in re*, "De la Fuente, Luis c/FFCC del Estado" (*Fallos*, 181:137), que para determinar la jurisdicción federal debe estarse a la situación existente a la época de la demanda y contestación, por aplicación de la jurisprudencia vigente en aquella época y no de la que después haya sentado la Corte modificando la anterior.

Las cámaras civiles en pleno de la Capital, en el fallo del 20-V-1919 (*J.A.*, 3:397) resolvieron que la jurisprudencia *plenaria* es aplicable a todas las actividades ocurridas durante su vigencia sin que una alteración jurisprudencial sobreviniente tenga efecto retroactivo en cuanto a los hechos y actos jurídicos acaecidos antes del cambio, aun tratándose de hechos o actos que no hayan originado contienda judicial, ni por tanto, sentencias que hiciesen cosa juzgada.

El 16-VII-1946 la Cámara en lo Criminal (véase *L.L.*, 43-219) sobreseyó definitivamente al procesado que había vendido un automóvil gravado con prenda agraria, porque cuando procedió a la venta (9-II-1945) este hecho, de acuerdo con un fallo plenario del 5-IV-1941, no constituía delito, pese a que esta jurisprudencia había sido revisada y modificada por otro fallo plenario el 26-X-1945, estableciéndose entonces que este hecho constituía efectivamente delito (MARTÍNEZ RUIZ, Roberto, "Amparo constitucional del efecto liberatorio del pago. Función de la jurisprudencia como fuente del derecho positivo", *L.L.*, 52-186).

las mismas gozan de idéntica validez y protección constitucional? ¿Significan estos pronunciamientos el reconocimiento del carácter de fuente formal y obligatoria de la jurisprudencia? Sobre estos puntos, decisivos para nuestro estudio, se han propugnado diversas tesis que conviene revistar en forma sumaria:

Según Roberto Martínez Ruiz, la doctrina sustentada por la Corte en los mencionados fallos "conduce a reconocer de hecho a la jurisprudencia la función de fuente de derecho positivo", es decir, a su equiparación respecto a la ley. Esta opinión podrá parecer muy heterodoxa al pensamiento tradicional de la escuela de la exégesis, con su culto a la ley, y podrá parecer repugnante al dogma de la división de poderes; sin embargo, esta doctrina responde mucho mejor que la tradicional a la realidad que trata de explicar. Apoya Martínez Ruiz su opinión en la de Casares y de Djuvara y también en la tesis kelseniana y egológica, según la cual el juez crea Derecho al dictar una norma individual que, como tal, integra el orden jurídico [70].

Cabe señalar que la tesis de la equiparación de la jurisprudencia a la ley, como fuentes, ha recibido ulteriormente la consagración de la misma Corte Suprema en otro pronunciamiento, importante porque en él el alto tribunal declara qué debe entenderse por jurisprudencia [71].

Esteban Ymaz, en un notable trabajo ya citado, ha tratado la cuestión sobre la base egológica.

[70] MARTÍNEZ RUIZ, R., *op. cit.*, y las citas de CASARES, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, 1945, págs. 243-245; DJUVARA, Mircea, "Droit rationnel et droit positif", en *Recueil d'Études sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Gèny*, T. I, págs. 245 y sigs., y pág. 269.

[71] En el caso "González de Giménez, Consuelo c/Droguería de la Estrella S.A.", ocurrió que la demanda invocaba en carácter de "jurisprudencia imperante" *un fallo aislado, de un juez de primera instancia*. La Corte resolvió que *un fallo de dichas características no constituye jurisprudencia*, pero simultáneamente definió lo que debe entenderse, según el alto tribunal, por "jurisprudencia" y quizá sin una conexión directa con la *ratio decidendi* (es decir, incurriendo en lo que los anglosajones denominan *obiter dictum*), la Corte fundó su anterior doctrina en la equiparación de la *jurisprudencia* y la *ley*. He aquí lo sustancial del fallo:

"Que como bien lo observa el procurador general en su dictamen, la doctrina de esta Corte que reconoce fuerza liberatoria e irrevisible al pago que se efectuó con sujeción a la inteligencia atribuida a la ley respectiva por la jurisprudencia imperante en la jurisdicción a la que hubiera debido recurrir quien lo recibió, de no haber aceptado dicha inteligencia, *se funda en que la jurisprudencia tiene un valor análogo al de la ley (Fallos*, 215:420, conf. pág. 447), lo cual sólo ocurre cuando cabe hablar realmente de una *jurisprudencia*, esto es, de una *interpretación judicial unánime hecha por los tribunales de última instancia del fuero y la jurisdicción respectiva*" (CSJN, 24-III-1952, en el caso mencionado, *L.L.*, 66-356 —el subrayado es nuestro—).

Comienza por distinguir adecuadamente entre la incuestionable *creación de la norma individual*, que corresponde por esencia —según doctrina kelseniana y egológica— al juez, y la cuestionada *creación de normas generales* que entrañaría la jurisprudencia al equiparársela a la ley. La tesis kelseniana y egológica según la cual el juez crea Derecho, sólo se refiere a la primera —esto es, a la creación de normas individuales— por lo cual no cabe inducir de aquí el carácter de fuente formal de la jurisprudencia. Al rechazar dicho equívoco afirma, dando un paso más que, "...vanamente su buscará en las sentencias otra cosa que la norma individual que ellas mismas son" [72]. Adhiere Ymaz a la explicación dada por Cossio para la jurisprudencia —explicación que descarta en absoluto que ésta importe la creación de normas generales— [73] y sostiene que el efecto liberatorio del pago no se encuentra necesariamente ligado a la consideración de la jurisprudencia como fuente de normas generales, sino que sencillamente, la circunstancia de que el pago haya sido conforme a la jurisprudencia imperante es un requisito que (junto con el de que haya sido recibido sin protesta ni reserva alguna) exige la Corte para admitir su efecto liberatorio.

[72] YMAZ, E., *Acerca...*, cit. Nos permitimos disentir de esta afirmación, que no es una mera conclusión de lo anterior —como pareciera serla en su contexto—. Es indudable que la sentencia *conceptúa* su caso, muestra lo individual como caso de lo general. Pero aparte de lo individual *sobre lo que decide, hay pues siempre, en la sentencia, la afirmación de algo general* que sirve para conceptuar aquello. Esto general es, precisamente, lo que sentencias diversas tienen de *común*, y que permite hablar, por lo tanto, de la *uniformidad, sentido concordante, o repetición* de los *fallos*, es decir, de *jurisprudencia*. En la *sentencia aislada*, frente a la decisión en que concretamente consiste, puede parece accesorio lo genérico que la misma contiene; en la *jurisprudencia*, en cambio, este ingrediente genérico es lo decisivo, ya que la jurisprudencia no decide nada: es sólo el conjunto de fallos formados por el núcleo genérico común que todos ellos contienen.

En un trabajo posterior publicado en 1960, Ymaz admite el carácter normativo de la jurisprudencia (YMAZ, Esteban, "Meditación sobre la jurisprudencia", *L.L.*, 90-854).

[73] COSSIO, C., *El Derecho...*, cit., págs. 166 y sigs.

La indagación de Cossio se instaura en relación al aspecto axiológico del fenómeno considerado y señala agudamente la necesaria vinculación entre su *óntico existir* como *repetición* y su *sentido axiológico de orden*. Esta indagación no descarta, en modo alguno, la que puede hacerse —y nosotros hemos desarrollado en el texto— en el aspecto relativo al logos del dato, señalando la necesaria vinculación entre su *óntico existir* como *repetición* y su *lógica consistencia genérica*; el *núcleo idéntico* en lo repetido. A *nuestro juicio, la jurisprudencia realiza siempre en forma positiva el valor orden; pero, además, la jurisprudencia va siempre perfilando especies dentro del género legal* y este segundo aspecto, destacado por nosotros, es el que nos permite ver en ella una auténtica *fuente formal*, carácter que le es negado por Cossio, que identifica *fuente formal* y *fuente obligatoria*, al comprobar que es notorio que la jurisprudencia no obliga a los jueces como la ley (*op. cit.*, pág. 172).

La solución dada por la Corte al caso planteado en los reclamos de indemnizaciones se explica, según Ymaz, sencillamente por la valoración de la conducta en cuestión [74] y no por la aparente equiparación entre ley y jurisprudencia.

A nuestro juicio, es indudable que la Corte ha valorado las circunstancias señaladas por Ymaz, al dictar los fallos comentados. Pero pensamos también que no basta con señalar que la jurisprudencia imperante es meramente una circunstancia que, juntamente con la conformidad del obrero, constituyen los antecedentes a los que se imputa la irrevisibilidad del pago. Lo mismo puede decirse de la conformidad a la ley y la conformidad del acreedor al recibir un pago cualquiera. Lo decisivo en el nuevo viraje jurisprudencial que interesa elucidar *es* que se *resolvió el nuevo caso invocando una jurisprudencia anterior que al precisar las condiciones necesarias para que el pago surtiera su efecto liberatorio, exigía que fuera hecho conforme a la* "ley". Quiere decir que la Corte asimiló el nuevo caso a los antiguos, o, en otros términos, que encontró en ambos el *núcleo común idéntico* que le permitió identificarlos. Al conceptuar su caso como lo ha hecho, es decir, remitiéndolo a otros en que lo *debido* estaba establecido por la "ley", *la Corte ha equiparado la "jurisprudencia" imperante a la ley, en cuanto ha considerado a ambas como aptas para determinar lo jurídicamente debido. En otros términos, también la jurisprudencia —y no sólo la ley— fija lo que debe ser íntegramente pagado para que, recibido dicho pago sin reserva o protesta por el acreedor, libere definitivamente al deudor* y constituya para él un derecho adquirido que lo ponga a cubierto de un cambio ulterior de la ley o la jurisprudencia.

iii) Nuestras conclusiones

Se desprende de lo anterior que, puestos a elucidar el tema de la jurisprudencia como fuente, circunscripto a nuestro Derecho, advertimos,

[74] Según Ymaz, la conducta de los empleados que, habiendo recibido en pago sin protesta todo lo que la ley (según la jurisprudencia imperante) les confería, reclaman luego un pago suplementario, parece desvaliosa. El principio de la irrenunciabilidad de los derechos conferidos por las leyes laborales (indispensable y justo como defensa de posibles abusos de la necesidad e ignorancia de sus derechos por parte de los empleados) excede su razón de ser si se lo invoca como incapacidad absoluta de consentir. No puede admitirse la irrenunciabilidad absoluta en un acto finiquitado, con la conformidad de los interesados prestada sobre la base de la objetiva determinación de lo debido hecha por la jurisprudencia imperante. Además, la justicia social que preside el derecho laboral es también justicia para los empleadores. La *seguridad* jurídica que ampara a éstos se verá completamente conturbada con la súbita imposición de cargas imprevisibles cuya cuantía podría desarticular a las empresas modestas.

pese a la agudeza y los argumentos esgrimidos en torno del caso referido, que entramos en un callejón sin salida. La solución que se dé a este tema concreto depende por completo de la que se dé al tema general de la jurisprudencia como fuente. Pues supongamos que se invoque la jurisprudencia citada de la Corte, que se pronuncia por la equiparación de la jurisprudencia y la ley y la franca admisión de la primera como fuente. ¿Acaso esta invocación misma no presupone ya aquello que se pretende demostrar, es decir, el valor de la jurisprudencia como fuente? Y supongamos, a la inversa, que existiere una doctrina o disposición legal que deniega a la jurisprudencia todo valor como fuente. ¿Acaso la invocación de dicha disposición nos eximiría de ir a ver en los hechos si efectivamente dicha disposición tiene vigencia o si se ha formado, por el contrario, una costumbre jurisprudencial abrogatoria que la ha hecho caer en desuso?

En términos generales, ya el planteo mismo del tema de la jurisprudencia como repetición o contenido concordante de fallos, implica que la jurisprudencia es, en un sentido amplio, fuente; pues el sentido de un caso, depende en alguna medida de lo que antes se decidió en otros. En un sentido más estricto, la jurisprudencia es *fuente formal* dado que siempre, necesariamente, entraña la *conceptuación* de los casos y, por ende, la delimitación de géneros de conducta. *La jurisprudencia, en fin, siempre es, en alguna medida, obligatoria para los jueces, pero el grado exacto de esta obligatoriedad debe determinarse acudiendo a la experiencia positiva del país en cuestión.*

La efectiva experiencia jurídica señala lo siguiente: en términos generales la jurisprudencia es plenamente obligatoria en los sistemas de derecho jurisprudencial *(common law)* y no lo es en la misma medida en los sistemas romanistas o legislativos, en los que aparece en primer plano la ley. Sin embargo, en estos últimos todavía la experiencia señala las diferencias siguientes:

1º) *Frente a una ley recién promulgada, ésta aparece en primer plano,* y recién en un segundo plano surge una "jurisprudencia en formación" que no tiene otra obligatoriedad que la fuerza de convicción que la anima, en cuanto constituya la acertada especificación de la ley en cuestión.

2º) Con el curso del tiempo, sin embargo —y sobre la base de la positiva realización del *orden* que entraña la repetición de fallos— la jurisprudencia va adquiriendo un valor autónomo, que aparece más y más en primer plano a medida que la ley es más antigua. En fin, *llega un momento en que la jurisprudencia se fija sobre ciertas cuestiones.* Algunas especies quedan precisadas e incluidas en el género legal y otras excluidas de él. De tal modo, es usual que frente a una ley antigua se forme una jurisprudencia que aparece en primer plano y que resulta tanto o más obli-

gatoria que la misma ley. Por ejemplo, debemos decir que en nuestro Derecho, la responsabilidad por el hecho de un tercero (art. 1113, Cód. Civ.)[75] aplicada al patrón por los hechos de los empleados, tiene lugar tan sólo cuando éstos hubiesen actuado *en el ejercicio de sus funciones*. Nuestro derecho positivo se integra con esta norma, de evidente origen jurisprudencial, aunque algunos intérpretes se empeñen en considerar que con dicha especificación no han hecho otra cosa que señalar el único sentido que corresponde a la ley en cuestión[76].

La cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia se resuelve, pues, acudiendo a la efectiva experiencia jurídica y aparece regida por una ley general: dicha obligatoriedad aumenta con el tiempo.

Si dirigimos ahora esta indagación de la obligatoriedad hacia nuestro derecho positivo, su experiencia nos brinda las siguientes respuestas: 1) la obligatoriedad de la jurisprudencia está subordinada en general a la ley; 2) en relación a leyes antiguas se ha fijado, ya hace tiempo, sobre numerosos tópicos, una auténtica jurisprudencia obligatoria; 3) el grado de obligatoriedad de una jurisprudencia está en razón directa a la jerarquía del tribunal del que emana: los tribunales superiores no se sienten ligados, sino en muy escasa medida, por la jurisprudencia de sus iguales y de los que les son inferiores; 4) en general, ningún tribunal se considera obligado por sus propios precedentes.

En resumen: del hecho de que en los países de tradición romanista la autoridad de la jurisprudencia se encuentre subordinada, en términos generales, a la de la ley, no cabe inferir, en modo alguno, que aquélla carezca de valor como fuente del Derecho. La difundida creencia, a tono con el racionalismo y dogmatismo legalista tanto tiempo dominante, según la cual la ley es la "única fuente de Derecho" y la jurisprudencia se limita a *aplicarla*, oculta la decisiva verdad de que *necesariamente* los géneros abstractos deben especificarse jurisprudencialmente y, en fin, llegar a individualizarse para encontrarse *en los* casos concretos. Y que esta inherencia de lo genérico y específico en lo *individual concreto existente*, es definitoria del derecho positivo, ya que no sería derecho positivo una ley que no recibiese ninguna "aplicación".

[75] Art. 1113, Cód. Civ.: *"La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado..."*.

[76] El dogma que ve el Derecho en la ley oscurece el origen jurisprudencial de la norma especificatoria con la doctrina ideológica de que sólo se ha *interpretado la ley*. Es decir, se pretende que dicha especificación es la *única* que admite el género legal en cuestión.

Que esa ampliamente difundida doctrina legalista es falsa lo aprenden pronto los estudiantes cuando —ya profesionales— advierten (pronto) que deben acudir no sólo a la *ley*, sino también a la *jurisprudencia* para hacer una demanda, contestarla o expresar agravios en la apelación. La subordinación de la jurisprudencia a la ley debe, más bien, ser entendida en el sentido de que una nueva ley, cuando resulte contraria a una antigua jurisprudencia, la deja sin efecto.

iv) Valor de la jurisprudencia en nuestro país según un juez norteamericano

Reproducimos a continuación en forma parcial el voto de Jerome Frank, de la Corte de Apelación del Segundo Circuito *in re* "Usatorre, Miguel y otros c/M. T. Victoria (Mihanovich, Cía. Arg. de Navegación)" del 27 de enero de 1949[77]:

"Según el perito, los tribunales latinoamericanos prestan poca atención a los fallos de los tribunales en cuanto precedentes. No ha encontrado 'prácticamente nada' en los fallos de la Corte Suprema argentina en relación con las disposiciones pertinentes del Código, en parte por la dificultad existente para encontrar tales fallos, ya que se encuentran 'malamente clasificados' o 'recopilados'. Se ha apoyado, dice, como hacen los abogados argentinos, en los 'comentaristas' incluyendo especialmente a los franceses, porque afirma que el Código de Comercio argentino se basa en la ley francesa. En los lugares en que se ha encontrado discordancias entre ellos ha hecho una selección. En su informe no cita ningún comentarista, sino que meramente da su interpretación del Código de comentaristas no citados.

"El juez no está obligado a aceptar las referidas afirmaciones del perito con respecto al significado de las leyes de un país extranjero, especialmente cuando, como sucede en este caso, el perito nunca ha ejercido en tal país. Además, como expresa el demandado en su alegato, este perito 'se refiere únicamente a las disposiciones del Código'. Como ya se dijo, no ha prestado ninguna o muy pequeña atención al material de fallos argentinos. Carecemos de conocimientos con respecto al 'derecho' argentino, y sólo tenemos una vaga referencia en lo tocante a los métodos judiciales allí imperantes. Pero lecturas casuales de obras fácilmente asequibles nos indican que *en todos los países de tradición romanista, pese a las afirmaciones puramente formales en contrario, gran parte del Derecho es Derecho de creación judicial,* y que en forma alguna es verdad

[77] El fallo se encuentra publicado en *L.L.*, 54-739.

que los *tribunales no se vean influidos por los precedentes jurisprudenciales, o 'derecho de casos' (el cual recibe, entre los juristas continentales el nombre de 'jurisprudencia',* para distinguirlo de la interpretación de los tratadistas y comentaristas, que recibe el nombre de 'doctrina').

"'Tanto la pretendida obediencia esclavizada de los jueces (en los países de tradición romanista) a los códigos, como su libertad frente a los precedentes, son en gran parte un mito' escribe Friedman. En verdad, así como hay una libertad mucho mayor con respecto a las disposiciones de los códigos, hay también un respeto mucho mayor hacia la autoridad de los precedentes judiciales que lo que se imagina la mayoría de los juristas angloamericanos. Un trabajo reciente de Cossio, distinguido jurista argentino, demuestra que esa actitud prevalece en la Argentina" [78].

19.2.5. Procedimientos para unificar la jurisprudencia

Hemos visto que la *fijación* de la jurisprudencia se produce naturalmente a través de un proceso lento en el que se destacan: 1) el *prestigio* de ciertos fallos —por la *doctrina* que sustentan y la *jerarquía* del tribunal—; 2) la *adhesión* prestada en otros fallos a aquéllos; 3) el *orden* que lleva consigo la *repetición* de ese modo operada; orden que se afirma en forma cada vez más importante, a modo de "bola de nieve" que tiende indefinidamente a asentarse, consagrarse, en fin "fijarse".

Pero este proceso es, por su propia naturaleza, lento y, por otra parte, la organización judicial determina necesariamente la existencia de tribunales de idéntica jerarquía —en los diversos fueros y jurisdicciones— entre los que suele producirse una diversidad interpretativa, dado que el referido prestigio fundante de la jurisprudencia, al no asentarse en una mayor jerarquía del tribunal, queda así circunscrito a la doctrina que involucra. Esta diversidad jurisprudencial entre los diversos fueros (civil, comercial, del trabajo, de paz, etc.) crea una situación a todas luces inconveniente en lo que se refiere a la unidad del orden jurídico general, pues conspira contra el *orden* y la *seguridad* jurídicos, sembrando el desconcierto y la desconfianza entre los particulares, que tan pronto ven afirmados o negados sus derechos según los invoquen ante uno u otro tribunal. Esta situación se agrava en los países de estructura *federal* como el nuestro, ya que a la diversidad de fueros se suma la de jurisdicciones (local o federal), de la que puede resultar una interpretación diferente de la misma ley para cada una de las provincias o la Capital Federal.

[78] El fallo cita, en este punto, a COSSIO, Carlos, "Phenomenology of the judgement", en *Latin American Legal Philosophy*, 1948.

Todos estos inconvenientes (la lentitud y correlativa inseguridad en el proceso que lleva a la fijación de la jurisprudencia, la posibilidad de formación de diversas jurisprudencias según el fuero y jurisdicción, y la inestabilidad e inseguridad en las relaciones jurídicas provenientes de dichos fenómenos) han llevado a imaginar e implantar diversos medios que tienden a asegurar la uniformidad jurisprudencial deseada.

Dichos medios se mueven fundamentalmente entre estas dos posibilidades:

1) *Deferir a un determinado tribunal la interpretación de las normas cuya uniformidad se desea lograr,* abriendo para ello ante el mismo *un recurso* en cada caso en que el particular entienda que al fallar su pleito no se ha aplicado correctamente la ley. En esta línea se encuentran: a) la *casación estricta,* b) nuestro *recurso extraordinario,* y c) el denominado *recurso de inaplicabilidad de la ley o doctrina legal* de la provincia de Buenos Aires y de otros Estados argentinos.

2) *Establecer la obligatoriedad de la doctrina sustentada en ciertos fallos de cierto tribunal o tribunales* (sistema de "jurisprudencia obligatoria") para todos los jueces jerárquicamente subordinados al mismo.

Con el primer sistema se alcanza la deseada uniformidad jurisprudencial en la medida en que los particulares pueden promover en cada caso *un recurso,* que lleva a pronunciarse sobre la norma aplicable a *un solo tribunal.* De este modo se asegura, para cada caso particular, la prevalencia de la jurisprudencia de la sentada por el referido tribunal. Indirectamente se logra también la uniformidad para un número indefinido de casos, en la medida en que los jueces, atentos a la posibilidad de que su fallo sea invalidado por este tribunal superior, optaran en la mayoría de los casos (y salvo que pretendan lograr un cambio de jurisprudencia, para lo cual fundamentarán nuevamente su fallo intentando superar los argumentos del superior) por acatar la jurisprudencia del tribunal superior, aunque dejen a salvo sus propias convicciones.

En el segundo sistema, en cambio, la uniformidad se logra estableciendo, por vía constitucional o legal, la *obligatoriedad de la jurisprudencia.* Esta peculiar "jurisprudencia obligatoria", tiende a borrar los límites que separan a la actividad jurisdiccional de la actividad legislativa. Es cierto que se argumenta que la ley obliga no solamente a los jueces —como ocurre con la jurisprudencia obligatoria—, sino también a los particulares. Pero no debe olvidarse que tan pronto como estos particulares quieran hacer efectivos sus derechos encontrarán que su procedencia está regida no solamente por la ley, sino también por la jurisprudencia obligatoria, ya que los jueces deben atenerse a ésta. Y paralelamente con este carácter de *legislación delegada* que tiene la jurisprudencia obliga-

toria, tienden a precisarse normativamente las condiciones extrínsecas de los fallos que la constituyen [79]. Si la jurisprudencia obligatoria es establecida por una simple ley, puede dar lugar a serios reparos de orden constitucional vinculados al principio de separación de poderes y a la indelegabilidad de la función legislativa. Por estas razones es importante que aparezca directamente constituida por la Constitución, en caso de que se la quiera establecer.

El establecimiento de un recurso procesal y la institución de la jurisprudencia obligatoria son, pues, las dos grandes líneas directrices que presenta el tema de la unificación de la jurisprudencia. En el derecho positivo estas líneas aparecen concretadas en diversas instituciones en las que los principios no siempre aparecen en toda su pureza. Nosotros estudiaremos, en concreto, tres técnicas: *el recurso de casación, el recurso extraordinario y los acuerdos plenarios.*

i) El recurso de casación

En el recurso de casación clásico, tal como se ha desarrollado, por ejemplo, en Francia, el tribunal de casación se limita a observar si el inferior ha aplicado correctamente al caso la doctrina legal correspondiente. Si entiende lo contrario, anula *(casse)* el fallo recurrido y, sin pronunciarse sobre el litigio, manda los autos a un juez de igual categoría de aquel cuyo fallo acaba de anular, para que lo decida conforme a Derecho.

Con semejante sistema, es evidente que los tribunales no pueden formar una jurisprudencia que se aparte de la propugnada por el tribunal de casación y que, en definitiva, por obra de éste se obtendrá la uniformidad jurisprudencial deseada. Para refirmar el sistema se establece usualmente que el tribunal al que se devuelven los autos está obligado a fallar de acuerdo con la doctrina de la casación o que, después de un segundo envío, el tercer tribunal que atiende en la causa se encuentra obligado a ello.

Entre nosotros, con anterioridad a la reforma constitucional de 1949, la opinión casi unánime de los juristas se inclinaba en favor del establecimiento de la casación. La mayoría consideraba, sin embargo, que en el orden nacional esta ansiada reforma suponía una previa reforma constitucional, ya que no podía sustraerse a los tribunales provinciales el dere-

[79] En México la jurisprudencia de la Suprema Corte es obligatoria para los jueces inferiores cuando el alto tribunal se pronuncia sobre la interpretación de la Constitución y leyes de índole federal. El artículo 193 de la denominada Ley de Amparo establece con precisión las condiciones de los fallos que constituyen dicha jurisprudencia obligatoria (cfr. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho,* Porrúa, México, 1967, pág. 83).

cho constitucionalmente establecido de aplicar los códigos de fondo [80]. Se pensó entonces establecer la casación solamente para los distintos fueros de la Capital Federal y a ese efecto el Poder Ejecutivo presentó al Congreso un proyecto de reformas a la organización judicial, que incluía una cámara de casación para la Capital [81].

La discusión doctrinaria fue zanjada por la reforma constitucional de 1949 ya que la nueva Constitución, en su artículo 95, segundo apartado, estableció expresamente que: *La Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inciso 11 del artículo 68.*

Sin embargo, no se dictó la ley reglamentaria de dicho recurso, y la Corte, basada en esta circunstancia, se negó a conocer en los casos que se pretendió someterle en su carácter de Tribunal de Casación, por lo que, en la práctica, puede decirse que el recurso no alcanzó vigencia.

Anotemos aun que este recurso de casación, instituido por la Constitución de 1949, perseguía además la uniformidad de la jurisprudencia por la otra vía analizada (jurisprudencia obligatoria), ya que declaraba obligatoria la interpretación que hubiere hecho la Corte de los códigos de fondo por esa vía.

[80] Recuérdese que el art. 67, inc. 11, de la Constitución de 1853 (art. 75, inc. 12, Const. Nac. 1994), atribuyó al Congreso nacional la facultad de dictar los códigos de fondo, pero la Convención de 1860 hizo la salvedad de que su *"aplicación"* judicial correspondería "a los tribunales nacionales o provinciales según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones".

En diciembre de 1936 se debatió en la Academia de Derecho la cuestión de la casación. La mayoría sostuvo la necesidad de una reforma constitucional para poder implantar en nuestro país la casación. Héctor Lafaille sostuvo, en cambio, en minoría con Carlos Ibarguren, que no era necesaria dicha reforma, sobre la base de que, distinguiendo *interpretación de aplicación,* una auténtica Corte de Casación no "aplicaría" sino que "dictaría la interpretación" de los códigos de fondo.

Habida cuenta de que en el plano de la teoría general del Derecho las nociones de "aplicación" e "interpretación" de las leyes no son posibles —puesto que se co-implican—, parece que la facultad de interpretar no puede, en principio, sustraerse al juez por lo cual son muchos los que piensan que una casación nacional es de dudosa constitucionalidad y que no reviste urgencia su instauración, máxime ante la amplitud adquirida por el recurso por arbitrariedad (v. p. ej., la ponencia de Fernando de la Rúa en el X Congreso Nacional de Derecho Procesal, Salta, mayo 1979).

[81] El proyecto, presentado en 1938, no tuvo aprobación legislativa. Al sostenerlo declaraba el ministro Coll que el sistema establecido en la ley 7055 (acuerdos plenarios) no había dado los resultados unificatorios que de él se esperaban.

El sistema de los acuerdos plenarios, como veremos, no excede de la unificación dentro del fuero en que el acuerdo plenario se realiza, ya que no existe subordinación jerárquica entre las cámaras de apelación de los distintos fueros.

Esta declaración de obligatoriedad, unida a la falta de reglamentación, dio lugar a los siguientes problemas: 1) si la obligatoriedad se refería también a la jurisprudencia anterior de la Corte o solamente a la posterior; 2) si la falta de reglamentación del recurso obstaba, o no, a la obligatoriedad de los fallos de la Corte, pudiendo mencionarse sobre estos puntos pronunciamientos judiciales encontrados [82].

La derogación, en 1957, de la reforma constitucional de 1949, retrotrajo el problema al estado de cosas anterior.

La institución de la casación en nuestro país se encuentra vinculada a la unidad de los códigos de fondo y a la diversidad de la aplicación de los mismos en todo su territorio. Es sabido que nuestro sistema federal, a diferencia del de Estados Unidos, ha mantenido la unidad de la legislación de fondo (Código Civil, Penal, de Comercio, etc.), que existió desde el tiempo de la dominación española. Pero también es sabido que, por decisión expresa de la Convención de 1860, la sanción nacional de estos códigos de fondo no altera las jurisdicciones locales *"correspondiendo su aplicación a los tribunales nacionales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones..."* (art. 75, inc. 12, Const. Nac.).

De aquí que se sostenga, en general, que sería indispensable una reforma constitucional para implantar la casación con alcance nacional, en cuanto afectaría la facultad provincial de "aplicar" los códigos de fondo [83].

Aparentemente, tal fue el propósito que alentó la reforma constitucional de 1949: *sin desmedro de la "aplicación" de la legislación de fondo por los tribunales locales, la "interpretación" uniforme de dicha legislación en toda la República quedó a cargo de la Corte Suprema de la Nación,* cuyo pronunciamiento había la posibilidad de obtener por la vía del recurso de casación. Debe entenderse, asimismo, que esta interpretación no sólo valdría para el caso en cuestión (que es el recurso de casación clásico), sino que sería *obligatoria* para todos los jueces y tribunales del país.

El texto consagrado por la reforma englobaba tanto a la casación como al recurso extraordinario.

[82] Puede verse, *L.L.*, 59-773; 64-54; 14-V-1951; 7-X-1951; 12-VI-1952. La mayoría de los fallos sostenía que, dado que la Corte todavía no había interpretado por vía de recurso de casación las disposiciones de los códigos, sus actuales interpretaciones no resultaban obligatorias para los tribunales. Pero otros fallos sostuvieron, por el contrario, que el art. 95 obligaba directamente a los jueces a ceñirse a la jurisprudencia de la Corte.

[83] En suma, resulta que entre nosotros, por falta de una casación con alcance nacional, la unidad de legislación consagrada por la Constitución puede verse frustrada por la circunstancia de que los códigos de fondo pueden ser objeto de interpretaciones contradictorias por parte de los diversos tribunales locales.

Artículo 95.— La Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inciso 11 del artículo 68.

La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución, por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales.

Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinarios y de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia.

ii) El recurso extraordinario

El recurso extraordinario como remedio federal. Originariamente, el recurso extraordinario es un resorte decisivo de la estructuración de un Estado federal. En un Estado federal, como es sabido, coexisten las autoridades nacionales o federales y las autoridades provinciales. En cada palmo del territorio provincial tienen vigencia normas emanadas de esos dos órdenes diferentes: el nacional y el provincial. El todo del ordenamiento jurídico está regido por la Constitución Nacional, la que discrimina la órbita de dichos poderes evitando, pese a dicha superposición espacial, todo rozamiento o conflicto. Pero, ¿cómo se actualiza dicha organización en relación a un caso concreto? ¿Cómo remediar la decisión de una autoridad cualquiera que desconozca un derecho que surge de la Constitución y de las leyes federales dictadas aplicando la misma? A tales fines, ya en el año 1863 la ley 48 instituyó el *recurso extraordinario* que es, esencialmente, un *remedio federal.* Ilusoria sería la primacía de la Constitución y de las leyes federales, la existencia del Estado federal mismo, si una autoridad cualquiera pudiera resolver los casos concretos con desconocimiento de las mismas. El remedio federal requiere que si alguien encuentra, en el caso concreto, desconocido un derecho que surge del ordenamiento federal, pueda llevar el punto a pronunciamiento de una autoridad federal. El *recurso extraordinario* cumple esta misión y la autoridad federal a la cual se somete la decisión del caso es nada menos que la Corte Suprema de Justicia del país.

El recurso extraordinario es, en suma, el medio técnico y procesal de llevar a plena efectividad, en cada caso concreto, la doctrina de la *supremacía de la Constitución* y el ordenamiento jurídico federal consagrados en el artículo 31 de la Constitución Nacional:

> *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias ex-*

tranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859.

Esta supremacía de la Constitución y el ordenamiento federal podrían ser, de hecho, desconocidos por las autoridades provinciales en los casos concretos. Para evitarlo, como *remedio federal* se ha establecido entre nosotros el recurso extraordinario por el cual un caso cualquiera, una vez resuelto en definitiva por los tribunales provinciales, puede ser llevado a conocimiento de la Corte Suprema de la Nación —siempre que se haya cuestionado alguna norma federal— a fin de que la Corte salvaguarde en la especie la supremacía de la Constitución y las leyes nacionales.

El recurso extraordinario ha sido establecido por la ley 48, en su artículo 14:

Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1º. Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad establecida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez;

2º. Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de Provincia;

3º. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

El artículo 15 de la misma ley 48, excluye expresamente del recurso extraordinario la "aplicación" o "interpretación" que los tribunales superiores de provincia hicieren de los códigos de fondo [84].

[84] Del texto de la ley 48 resultaría así, que el recurso extraordinario procede exclu-

La ley 4055, que creó las cámaras federales de apelación, extendió la competencia extraordinaria de la Corte en grado de apelación de las decisiones definitivas de dichas cámaras, de las cámaras de la Capital y de los tribunales superiores militares [85].

El artículo 16 de la ley 48 establece qué es lo que la Corte puede hacer, cuando el recurso procede: "(la Corte Suprema)... hará una declaración sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo...". *El recurso extraordinario así creado no es, exactamente un recurso de casación:* 1) el tribunal puede resolver no solamente las cuestiones generales de derecho y doctrina federal aplicables, sino que también puede, si lo considera del caso, resolver el asunto mismo sometido a su conocimiento; 2) el recurso solamente se abre para lo que se ha denominado *materia federal,* es decir, para habilitar a la Corte a mantener la salvaguardia de la doctrina de la primacía de la Constitución y el ordenamiento federal dictado en su consecuencia. *Queda así fuera del campo del recurso extraordinario toda la enorme variedad de asuntos en que sólo se debaten cuestiones de orden común, no federal.* Sin embargo, es evidente que *sobre todo lo que sea "materia federal" el alto tribunal ejerce la deseada función unificadora de la jurisprudencia,* ya que todo fallo o decisión que en este orden de asuntos se aparte de la jurisprudencia o doctrina de la Corte puede ser llevado hasta sus estrados por la vía extraordinaria para ser resuelto en definitiva. De este modo la jurisprudencia del tribunal ha constituido en nuestro país *una suerte de interpretación auténtica de nuestro derecho federal* y, desde luego de nuestra Constitución nacional, la primera y más importante norma de la materia [86].

sivamente cuando se cuestiona una norma *federal,* quedando excluidas las materias legisladas por las leyes o códigos *comunes,* dictados por la aplicación del art. 75, inc. 12 de la Constitución. Empero, la Corte Suprema ha instituido, *pretorianamente,* una suerte de cuarto inciso no escrito del citado art. 14 de la ley 48, pues considera procedente el recurso, *aun en las materias últimamente referidas* cuando las sentencias aparezcan como *arbitrarias,* o sea, destituidas de fundamento. De tal modo, el llamado "recurso extraordinario por arbitrariedad" aparece como una nueva especie del viejo recurso, que amplía considerablemente la competencia de la Corte. Más recientemente la Corte también pretorianamente ha establecido la doctrina que hace procedente el recurso en casos de *gravedad institucional.*

[85] De acuerdo con la razón misma de ser del recurso es comprensible esta extensión. La misma Corte, interpretando el requisito de tratarse de sentencias de tribunales *superiores,* ha tenido oportunidad de declarar que basta que se trate de una decisión contra la que no quepa recurso alguno (YMAZ, Esteban - REY, Ricardo - PALACIO, Lino, *El Recurso Extraordinario,* Buenos Aires, 1962, pág. 217).

[86] La doctrina de la primacía de la Constitución y del derecho federal emanado de

El recurso extraordinario como medio de unificación. Grado de obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte. La mayoría de los tribunales del país, por motivos de "moralidad", de prestigio para la administración de justicia, por la autoridad que emanó siempre de la doctrina de la Corte Suprema o, en fin, por simples motivos de economía procesal (al saber que de otro modo su fallo sería revocado), acató, en términos generales, la jurisprudencia de la Corte Suprema. De este modo la colección de los fallos del alto tribunal constituye, a no dudarlo, una fuente decisiva, especialmente para el conocimiento del derecho federal argentino y, en particular, de la Constitución Nacional.

Pero, este acatamiento general que prestaron de hecho los tribunales a la doctrina de la Corte ¿era obligatorio o solamente voluntario? Este difícil punto, vinculado como es notorio al valor que se atribuya a la jurisprudencia como fuente, no puede decirse que haya tenido una solución definitiva dentro del sistema de la Constitución. La misma Corte Suprema, que en algunas ocasiones declaró que los jueces deben "conformar" sus resoluciones a las decisiones que en casos análogos dicte este tribunal haciendo jurisprudencia [87], declaró en otras oportunidades que los jueces no tenían por qué seguirla si "la misma violenta sus propias convicciones" [88].

Hacia mediados de este siglo, la Corte pareció encauzarse hacia una buena doctrina al distinguir según que en el fallo que se apartaba de su jurisprudencia se controvirtiesen sus fundamentos o no, coincidiendo así en parte con la doctrina que hemos sustentado al hablar en general de la obligatoriedad de la jurisprudencia: que sólo con motivo poderoso y señalando los errores lógicos o los cambios axiológicos o meramente materiales en la vida comunitaria que despoja a la jurisprudencia reinante de su autoridad, puede el tribunal jerárquicamente inferior desecharla [89].

---

ella, consagrada en el art. 31 de la Const., puede resumirse, al fin de cuentas, en la doctrina de la primacía de la Constitución. El recurso extraordinario ha servido así no solamente para delimitar de acuerdo con ella los poderes de la Nación y las provincias, sino también para declarar y proteger los derechos individuales amparados por la Constitución de las extralimitaciones de dichos poderes. En esta magistral tarea pretoriana de ir adaptando los necesariamente muy generales y elásticos textos constitucionales a las necesidades concretas de la época, la Corte ha usado de un gran tacto y prudencia, con lo que ha sumado al prestigio de su autoridad el que fluye de la fuerza de convicción de sus fallos.

[87] *Fallos,* 9:53; cfr. 6:159; 10:294; 12:134; 25:364; 133:390; 181:137; 189:292; 205:614.

[88] *Fallos,* 131:106; cfr. 33:162.

[89] Cfr. en este mismo Cap., 19.2.2. El caso en que la Corte se ha formulado, aunque en forma algo incidental, esa distinción es el de "Santín, Jacinto", del 6-X-1948, *L.L.*, 54-305. En una parte del fallo dice la Corte Suprema: "...tan incuestionable como la libertad de juicio de los jueces en el ejercicio de su función propia es que la interpretación de la

La discusión sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte, desde el punto de vista del derecho positivo se tornó ociosa, al menos en lo que se refiere a la interpretación de los textos constitucionales, mientras estuvo en vigor la reforma de 1949, ante el inequívoco artículo 95 de la misma, ya transcrito, que expresamente la declaró obligatoria para los jueces y tribunales nacionales y provinciales (v. *supra,* 19.2.5. i).

Si bien la cuestión de la obligatoriedad de la interpretación de los códigos, establecida por el recurso de casación, no alcanzó plena vigencia por no haberse dictado la ley reglamentaria del funcionamiento de este instituto, *por lo que hace a la interpretación de las disposiciones constitucionales esta obligatoriedad sí tuvo vigencia,* dado que el *recurso extraordinario* estaba legislado desde hace mucho tiempo entre nosotros. Esta doctrina prevalente fue consagrada, además, por la misma Corte Suprema de Justicia. Lo que no resulta definitivamente claro es de qué sanciones se hacen pasibles los jueces que en su fallo se aparten de dicha jurisprudencia obligatoria. Como el tema ya se ha planteado entre nosotros en relación a los acuerdos plenarios, diferimos su tratamiento para el próximo parágrafo, en que nos ocupamos de esta otra institución destinada a unificar la jurisprudencia.

En síntesis, dentro del sistema de la reforma de 1949 la interpretación dada por la Corte, en materias regidas por los artículos de la Constitución, era estrictamente obligatoria para todos los tribunales en los casos en que se tratare de una jurisprudencia sostenida por el alto tribunal con posterioridad a la sanción de la reforma. En cambio, la interpretación hecha por la Corte de los códigos y leyes comunes era sólo relativamente obligatoria, por no haber alcanzado a funcionar el recurso de casación. Al caer la Constitución de 1949, todas sus previsiones relativas al recurso de casación han perdido interés actual.

Constitución Nacional por parte de esta Corte Suprema tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (art. 100, Const. Nac., y art. 14, ley 48). Que ello impone, ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia —susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales— el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida. Que *apartarse de esa jurisprudencia,* mencionándola, pero sin controvertir sus *fundamentos:* como ha ocurrido en la causa en examen, y con la agravante de invocar para ello "el deber de aplicar la Constitución", modo tácito de expresar que se repara así el incumplimiento de ese mismo deber en que el superior habría incurrido, *importa desconocimiento deliberado de aquella autoridad...*".

El subrayado, nuestro, destaca la parte que nos interesa en conexión con lo que hemos dicho sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia del superior toda vez que no se controviertan los fundamentos de la misma.

iii) Acuerdos plenarios

En las materias que no dan lugar al recurso extraordinario, el tema de la unificación jurisprudencial debe estudiarse dentro de las distintas jurisdicciones territoriales. Hemos ya advertido, en tal sentido, que algunas provincias tienen establecido un verdadero recurso de casación bajo la forma de recurso por "inaplicabilidad de la ley o doctrina legal" ante el superior tribunal o Suprema Corte local.

En lo que se refiere a la jurisdicción de la Capital Federal, el tema de la unificación se vincula a la institución de los *acuerdos plenarios* de las cámaras de apelación de los diversos fueros.

Con anterioridad a la ley 7055, de organización de la justicia ordinaria de la Capital Federal, existían en la misma, encargadas de aplicar los códigos, dos cámaras de apelación, una en lo civil y otra en lo criminal, correccional y comercial.

La mencionada ley creó, en 1910, una nueva cámara en lo civil y otra en lo comercial, de donde se agudizó la posibilidad de criterios divergentes, especialmente entre las dos cámaras civiles y entre éstas y la comercial. Previendo estas dificultades, el artículo 6° de dicha ley disponía: "En caso de producirse contienda de competencia entre las dos cámaras, el presidente de la que primero hubiere conocido los reunirá en tribunal y la decidirán por mayoría de votos. Si hubiese empate se dará intervención a un miembro de las otras cámaras elegido a la suerte. Igual procedimiento se observará en los casos en que al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva cualquiera de las cámaras entendiera que, en cuanto al punto de debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable".

La ley no establecía la *obligatoriedad* expresamente, pero era evidente que mal se podía *fijar* la interpretación si más adelante los camaristas recuperaban su libertad de criterio. El punto fue decidido, precisamente, por las cámaras civiles en pleno, que entendieron que, fijada una determinada interpretación por el tribunal plenario, debían en lo sucesivo ajustarse a la misma aun los camaristas que no compartiesen el criterio de la mayoría [90].

Los acuerdos plenarios instituidos por la ley 7055 motivaron una sonada polémica doctrinaria en la que intervinieron algunos destacados jurisconsultos. Se discutió acerca de la constitucionalidad de la institución, de la obligatoriedad de los acuerdos y hasta del carácter de fuente de

[90] CCiv. en pleno, 3-IX-1918. Puede verse *J.A.*, 2-469; 2-60, 649, 623 y 895; 3-1107; 6-127, etc.

la jurisprudencia. No podemos seguir en detalle estos razonamientos, máxime que la institución misma ha sido progresivamente mejorada en leyes ulteriores. Aunque es común calificar de "jurisprudencia" a los plenarios, la designación no es del todo exacta, pues se trata, en rigor, de "doctrina judicial legalmente obligatoria" [91], por lo que nada cabe concluir de la misma acerca del valor de la jurisprudencia en general como fuente [92].

Con posterioridad a la ley 7055, las nuevas leyes de organización de los tribunales mantuvieron la institución de los acuerdos plenarios. Así, la ley 11.924, de organización de la justicia de paz letrada de la Capital Federal, introdujo también el acuerdo plenario estableciendo expresamente la obligatoriedad de la doctrina para las salas de paz: *"...La doctrina aceptada por la mayoría de la cámara plena deberá ser aplicada en las resoluciones que en lo sucesivo se dicten por las salas de paz"*. La obligatoriedad del acuerdo plenario fue asimismo introducida por la ley 12.327 para la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital: *"...cuando pueda producirse resolución contraria a la aceptada en uno o más casos anteriores, el presidente de la cámara integrará el tribunal para establecer la ley, doctrina o interpretación legal aplicable. Las resoluciones del tribunal o de las salas respectivas se ajustarán a la jurisprudencia así sentada"*. El decreto 32.347/47, que organizó la justicia del trabajo en la Capital Federal, instituyó también los acuerdos plenarios, aunque conservando la redacción original de la ley 7055, es decir, sin establecer expresamente su obligatoriedad.

Los acuerdos plenarios establecidos por las leyes precitadas eran, pues, obligatorios, pero su obligatoriedad estaba restringida a los camaristas. Los jueces de primera instancia no se encontraban, en rigor, obligados jurídicamente por dichos acuerdos, y menos aún, los particulares, si bien unos y otros podían tener interés en ajustarse a ellos; los primeros para no ver sus fallos revocados y los segundos para asegurarse la garantía jurisdiccional de sus derechos. El acuerdo plenario, por consiguiente, si bien tenía, como norma general, un valor *análogo* a la ley, no era *igual* a ésta: obligaba solamente a los camaristas del fuero, e indirectamente, a

[91] Cfr. COSSIO, Carlos, "La sentencia criminal y la teoría jurídica", *L.L.*, 20-169, sec. doct.

[92] Debe, pues, rechazarse la tesis de Salvat y Anastasi, expuesta en los ya citados trabajos, que, para fundar el carácter de fuente formal de la jurisprudencia en general, se fundan en la institución de los acuerdos plenarios, sobre la base de su carácter obligatorio. Pero tampoco cabe concluir de aquí que la jurisprudencia no sea fuente formal o en qué medida lo sea. Éste es un tema previo que debe elucidarse independientemente de aquél (v. 17.4.).

los particulares, pero sólo en la eventualidad de que su caso llegase a los estrados judiciales y fuese, además, apelado.

Admitido que la instauración de los acuerdos plenarios importa, implícita o expresamente, la obligatoriedad de los mismos, queda en pie, empero, una cuestión: ¿cuál es la sanción que hace efectiva dicha obligatoriedad? Contra la opinión de los que sostienen que dichas leyes carecen de coerción, cabe sostener que lo que viola el juez es la ley que le impone ajustarse al fallo plenario y que, por lo tanto, su conducta, si reúne los requisitos necesarios, podrá constituir *prevaricato* (arts. 269 y 270, Cód. Pen.), *mal desempeño de sus funciones* (causante del juzgamiento y destitución) o, cuando menos, *inconducta pasible de una corrección disciplinaria*.

Al dictarse, en 1950, la ley 13.998 de organización general de la justicia nacional, la misma asignó a la institución de los acuerdos plenarios un alcance general para todos los fueros, estableciendo, además, que "la doctrina legal o interpretación de la ley, aceptada en una sentencia plenaria, es de aplicación obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la cámara que las pronuncie es tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de cámara, dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá volverse sobre ella como consecuencia de una nueva sentencia plenaria" (art. 28). La institución, con los mismos alcances, se mantuvo en el artículo 27 del decreto-ley 1285/58, y, finalmente, en la ley 17.454 del año 1967, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación actualmente vigente (art. 303).

El plenario creado por la ley 13.998 extiende su obligatoriedad a los jueces de primera instancia subordinados a la cámara [93]. Si bien construye un claro ejemplo de jurisprudencia obligatoria, como medio de unificar la jurisprudencia no va más allá, naturalmente, que el fuero en cuestión, es decir, que no resuelve los casos en que no existe subordinación jerárquica entre los tribunales. Así, por ejemplo, en la Capital Federal todavía existe la posibilidad de que sean diversos los puntos de vista de la cámara civil, la comercial, la de paz y la del trabajo, lo que muestra lo limitado del acuerdo plenario como procedimiento unificador.

Con las diferencias anotadas (a saber: que su contenido debe ser obligatoriamente aplicado no solamente por los camaristas, sino también por los jueces de primera instancia y que no abarca solamente a la justicia de la Capital Federal, sino también a la justicia nacional en provincias y te-

[93] SARTORIO, José C., "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad", *L.L.*, 96-799; GOTTHEIL, Julio, "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su constitucionalidad", *L.L.*, 96-874.

rritorios), se aplican al plenario creado por la ley 13.998 los principios que hemos visto al estudiar el instituto en las leyes anteriores.

Aunque tales acuerdos plenarios deben ser aplicados obligatoriamente por los jueces de primera instancia, no son, sin embargo, iguales en su obligatoriedad a la ley. Por una parte, como hemos visto, obligan solamente a los jueces del fuero. Pero, además, la doctrina del acuerdo plenario no constituye, por sí misma, fundamento suficiente para una sentencia judicial [94].

19.3. La doctrina como fuente

No es posible desconocer a la doctrina el carácter de fuente, puesto que es efectivamente invocada por los jueces para fundar en ella la fuerza de convicción objetiva de sus fallos. Tampoco puede desconocerse que los autores —viva voz de la doctrina— suelen precisar los perfiles externos de conductas, delineando verdaderos géneros de ellas o especies subordinadas a los géneros legales. Según esto, la doctrina funciona normalmente como *fuente formal* (es decir, de acuerdo con la terminología que hemos propugnado en el Cap. 18, como fuente formal material, ya que no solamente suministra un género en el cual subsumir el caso, sino que también denota una valoración vigente).

No obstante el mencionado carácter, debe admitirse que la doctrina carece de la obligatoriedad propia de la ley y la costumbre y en la que participa también, en cierta medida, la jurisprudencia. En aquellas fuentes el sentido general que goza de acatamiento comunitario está directamente dado en la comunidad (costumbre) o en sus órganos (ley y jurisprudencia), a los que respalda el apoyo comunitario. En cambio, los doctrinarios no pueden invocar el carácter de portavoces oficiales de la comunidad. El juez suele acudir voluntariamente a la doctrina para encontrar el sentido objetivo del caso y señala en ella la intersubjetividad necesaria, pero no se encuentra constreñido a ello por la comunidad ni directa ni indirectamente [95].

[94] CSJN, *in re*, "Sindicato de trabajadores talleristas c/Pretex S.R.L.", donde la Corte anuló un fallo fundado en un plenario contrario a la doctrina sustentada por la Corte en el punto.

[95] Nos ocupamos en general de la doctrina de los autores al tratar la historia del pensamiento jurídico en los Caps. 9 y 10, por lo que nos remitimos para su caracterización general a lo que decimos en ese lugar.

CAPÍTULO 20

LA JUSTICIA

CAPÍTULO 20

LA JUSTICIA

20.1. ELEMENTOS DE UNA TEORÍA GENERAL DE LOS VALORES

20.1.1. ¿Qué son los valores?

i) Los valores y la filosofía existencial

El tema de los valores es el más antiguo dentro de la meditación iusfilosófica, aunque no siempre se lo ha designado con ese nombre. Como "problema de la justicia" apareció aun antes de Platón, y llega a alcanzar con este filósofo un planteamiento de alto nivel intelectual. Sin embargo, recién con Sócrates la filosofía empieza a preocuparse en forma especial de los problemas de la moral y en forma general de lo que hoy denominamos valores.

En su auténtico comienzo la filosofía no nace con una preocupación ética, moral o axiológica, sino que lo hace con una preocupación metafísica, incluso física. Algunos autores han señalado —y en particular Heidegger— que esa preocupación del hombre por sí mismo y por los bienes es, desde el mismo comienzo, un desvío del verdadero tema filosófico que es el tema del "ser".

Como hemos señalado, si bien la meditación sobre el valor es, por lo menos, tan antigua como Platón, la denominación "valor" es relativamente moderna. En la Antigüedad se planteaban estos problemas como problemas de la ética, de la filosofía práctica o de la razón práctica, y no como los temas de los "valores" o la "axiología" como suele hacerse actualmente. Por otra parte, no obstante ser la meditación más antigua, es la que sensiblemente ha realizado menos progresos en la historia del pensamiento. Hasta la metafísica ha progresado más que la ética o que la filosofía de los valores. El tema de la justicia, por ejemplo, aún hoy admite como actuales las meditaciones de Aristóteles.

Por ello, y por su importancia específica, no nos queda más remedio que incursionar nuevamente en el campo de la filosofía general para de-

sarrollar el capítulo de la axiología jurídica, tal como lo hemos hecho antes de tratar otros capítulos que integran el temario de la filosofía del Derecho. Así como antes de hablar de la ontología jurídica, hicimos algo de filosofía general, ahora también, antes de hacer axiología jurídica, haremos filosofía de los valores o axiología en general.

Desgraciadamente sucede en este tema que las "ideas recibidas" no están verdaderamente recibidas. Es decir, que no hay una doctrina sobre los valores que sea aceptada en forma general. Y a ello deben agregarle que yo estoy aún en plena evolución y, aunque he realizado progresos importantes en la meditación sobre estos temas, no voy a poder darles un esquema acabado. Ocurre así que hace unos pocos años, aunque yo no tenía una meditación propia sobre el tema, mi posición resultaba más coherente puesto que tomaba lo que había dicho Cossio y lo exponía. Pero, desde entonces, he empezado a meditar y ya no estoy tan convencido de lo que decía antes ni tengo del todo claro lo que voy a tener que decir mañana. En otras palabras, ustedes me encuentran en un momento de transición, lo que implica la desventaja pedagógica de que quizás no resulta una exposición del todo clara; pero esa misma transición tiene la ventaja de que voy a presentarles un pensamiento muy en vivo, y probablemente ustedes van a colaborar en la elaboración de ese pensamiento que está en desarrollo. Después de estos prolegómenos, debemos entrar en nuestro tema.

La axiología, tal cual hoy más o menos se la encara, y a pesar de estar dividida en dos corrientes muy importantes (que son el objetivismo y el subjetivismo), arranca en general dentro de la escuela fenomenológica de la obra de Scheler. Haremos, pues, una explicación muy sucinta de Scheler, para después emprender nuestro propio camino por el tema de los valores.

Scheler es discípulo de Husserl, y arranca en su investigación de la fenomenología husserliana, que tenía dos grandes pasos metódicos: uno la reducción eidética y otro la reducción fenomenológica. Husserl, en sus primeras obras, le daba más o menos la misma importancia a la reducción eidética y a la reducción fenomenológica; pero después, por la propia gravitación de las cosas mismas y la evolución de la fenomenología, se va desechando la reducción eidética y lo que queda como fenomenología y como método fenomenológico es la "reducción fenomenológica". Así vemos que en el propio pensamiento de Husserl (p. ej., ya en las *Meditaciones Cartesianas*) y en los continuadores de la fenomenología, que son quienes desarrollan la filosofía existencial, la reducción eidética va quedando cada vez más de lado hasta que se la abandona totalmente. Pero ese proceso que se dio en la fenomenología, en general, no se dio en el caso particular de Scheler. Él hace una fenomenología que pretende ser una reducción eidética y, siendo así, no resulta una propia y auténtica fenomenología, la que terminó por identificarse con la reducción fenomenológica.

Quiero subrayar esa diferencia porque, aunque parezca un tecnicismo de nomenclatura, tiene una importancia decisiva. Cuando Scheler publica, a comienzos de este siglo, sus meditaciones sobre los valores, hubo gran alboroto en el campo de las ideas filosóficas. Y tanto lo hubo que se llegó a pensar que la axiología era el verdadero porvenir de la filosofía, que hasta ese momento sólo se había estado en los prolegómenos del conocimiento filosófico, pero que con la axiología que estaba de moda, la filosofía iba a alcanzar su culminación. Por lo menos eso es lo que se dejó entrever a través de diversos autores y de la recepción que las ideas de la escuela fenomenológica tuvieron en el mundo. Sin embargo, hoy, pasada ya la mitad del siglo, la historia resulta ser muy distinta, y aquello que empezó con tanto despliegue y alboroto terminó desembocando en un callejón sin salida. Podemos comprobar que el rumbo principal del pensamiento filosófico, incluso el de la escuela fenomenológica, va por otros caminos. Todavía para redondear más esta idea voy a mencionar a dos grandes autores de la fenomenología existencial, que son Sartre y Heidegger.

Sartre intenta hacer una ontología fenomenológica [1]. Según esa ontología fenomenológica, hay dos tipos o dos formas de ser: el ser "en sí" y el ser "para sí". El ser en sí es el ser de las cosas, es un ser compacto, completo, perfecto, autosuficiente, sustentado en sí mismo; la cosa es lo que es y no le falta nada para ser, ni le sobra nada de lo que es. En cambio, el ser "para sí", el *pour soi*, no tiene ninguna de esas características. El "para sí" corresponde, descriptivamente, a eso que llamamos "hombre", o sea que es libertad, conciencia, etcétera. No es compacto pues es, en definitiva, un vacío, una nada; no es completo porque en ningún momento de su vida termina de constituirse, debe hacerlo permanentemente; no es autosuficiente porque en ningún momento "es", sino que siempre está debiendo "llegar a ser" en virtud de cosas y situaciones que le son externas. Sartre caracteriza este para sí en forma paradójica diciendo que "es lo que no es y no es lo que es", y lo que quiere decir con este juego de palabras contradictorias, nos resulta, sin embargo, comprensible tan pronto como lo meditamos un momento. Tomemos para ello una imagen espacial: este cenicero está *en* esta habitación, y yo también estoy *en* ella; pero yo estoy *en* la habitación de una manera muy diferente a la forma en que lo está el cenicero. Yo estoy en esta habitación y en este lugar, pero, por ejemplo,

[1] Recuérdese que *El Ser y la Nada*, que es el libro donde él explica en forma exhaustiva su pensamiento, tiene el siguiente subtítulo: "Ensayos de una ontología fenomenológica".

también estoy en la pared si lo que me interesa es esa pared, y si estoy pensando en Mendoza puede decirse que, de alguna manera, estoy en Mendoza. Esto ejemplifica cómo mi ser no se acaba ni completa a sí mismo, sino que este ser tiene una apertura al mundo, y por ello está en el mundo de una manera muy distinta a como lo están las cosas. No puede decirse que yo esté *en* la habitación, de la misma manera en que lo están las cosas. Y desde el punto de vista temporal sucede lo mismo, si bien yo estoy *en* mi presente, de algún modo estoy reteniendo el pasado, y en ese sentido también estoy en mi pasado; igualmente, desde este presente voy anticipando mi futuro, y por ello también estoy en ese futuro. Volviendo a la frase de Sartre que caracteriza al para sí como que "es lo que no es y no es lo que es", tenemos que, adaptándola a nuestro ejemplo espacial, yo soy lo que no está totalmente en la habitación, soy mis preocupaciones que están fuera de ella, incluso están en el futuro, soy mis posibilidades que voy abrazando desde ahora, soy, fundamentalmente, mucho más de lo que se encuentra entre estas cuatro paredes; y, del mismo modo, no soy solamente lo que está aquí dentro. O sea: el para sí no se agota ni se reduce a esto que es o está en este momento determinado aquí y ahora.

Siguiendo con el pensamiento de Sartre, que estamos viendo en forma muy sucinta, llegamos al punto en el cual él nos señala que la idea de los valores, y la de Dios en particular —que es el valor supremo— es una idea contradictoria. Y lo es porque pretende representarse en un ser que sea "en sí" y "para sí" simultáneamente. Dios tendría que tener, por un lado, la misma forma de ser que el hombre, o sea ser conciencia, libertad, posibilidades, pero al mismo tiempo debe ser perfecto, acabado, autosuficiente, etcétera, o sea compartir esas cualidades con las cosas. Y concebir un ser que reúna simultáneamente esas características es, a todas luces, contradictorio, y por ello Sartre descarta sin más la idea de este valor absoluto que es Dios. Y de esa misma manera debemos caracterizar al resto de los valores si seguimos el razonamiento sartreano. Tomemos, por ejemplo, la idea de la justicia: ésta es la idea de una sociedad humana pero perfecta, en ella se habría llegado a un estado de acabamiento de la historia por haberse alcanzado y realizado de una vez para siempre la justicia. Así la justicia debería ser, por un lado, absoluta, eterna, perfecta, etcétera —tal como Dios—, pero, por el otro, debe ser una característica de una sociedad de hombres, es decir, finita, realizándose imperfectamente cada día, temporal, etcétera. Así vista resulta también una idea contradictoria, y es por estas consideraciones generales que Sartre descarta el tema de los valores como un tema de tipo ideológico.

Y ahondando un poco más en Sartre, debemos decir que esa característica contradictoria que hemos señalado en Dios y en los valores en general, es una comprobación más de la frustración inmanente al para sí. Esa frustración es insoslayable, puesto que todo hombre tiene como proyecto fundamental de sí mismo el ser Dios. Es decir, reunir simultáneamente esas características contradictorias de Dios. El hombre, como para sí que es, está insatisfecho de sus características: finitud, inacabamiento, temporalidad, vacío, etcétera, y desea "llenarse", completarse de una vez por todas, descansar de esa libertad que lo posee y carcome desde adentro; aspira a ser "en sí", quiere tener las características de las cosas. Pero las quiere sin dejar de ser un para sí. No se conforma con convertirse en un en sí al final de su vida, al convertirse en cadáver, no, desea reunir simultáneamente en sí mismo el para sí y el en sí, y eso es contradictorio, por lo que ese proyecto fundamental del hombre debe, necesariamente, frustrarse. Y, si los valores tienen en definitiva la misma contradicción que Dios, todo deseo de plasmar o alcanzar esos valores ha de resultar también contradictorio y frustrante. El anhelo del hombre es plasmar su propia estatua, es llegar a ser algo en una forma definitiva y para siempre, y esto, naturalmente, no es posible.

Las ideas de Heidegger sobre los valores no son tan rotundas, pero en igual forma él se pronuncia en contra de los valores. Heidegger se fastidia con la afirmación de Scheler y sus acólitos según la cual los valores no son sino que valen. Y le resulta una afirmación inadmisible porque si realmente lo que se está buscando es el último fundamento, y esta búsqueda es una pretensión metafísica, de ningún modo se puede admitir una región que no fuera la del ser sino la del valer. Regiones que serían independientes si no tuviesen ese último fundamento común que es el ser y al cual aspira la meditación metafísica. Heidegger hace, entonces, una crítica del rumbo que toma la historia de la filosofía con Sócrates —y que sigue con Platón y Aristóteles— al centrar su atención en los problemas éticos, desviándose así de su auténtica misión que es preguntar por el Ser. Así, resulta que toda teoría sobre el valor, toda proclamación del valor como algo distinto e independiente del ser, es una maniobra que escamotea y oculta al ser. Las cosas han sucedido como si, en definitiva, el hombre no soportase la presencia descubierta del ser y se viese casi forzado a buscar algún tipo de reparo contra el ser. Y este desvío, esta pérdida del buen camino —que también siempre está entre las posibilidades de la libertad del hombre— se habría operado con el valor. Por ello Heidegger arremete en contra de la axiología dominante y probablemente contra cualquier teoría axiológica. No obstante, hay una gran polémica sobre si Heidegger deja o no abierta la posibilidad de Dios en su sistema; pero está claro que el lugar principal que tiene Dios en el pensamiento tradicional, en Heidegger lo ha ocupado el Ser. Y la tarea fundamental y principalí-

sima de la filosofía es la búsqueda y el develamiento de ese ser y, obviamente, el rechazo categórico de todo lo que, como los valores, lo ocultan.

Hemos visto cómo, en los dos filósofos existenciales de más importancia que son Sartre y Heidegger, no podemos hablar de una doctrina recibida en materia de valores, y hasta qué punto este tema hace crisis en nuestros días. Visto esto pasaremos ahora a la parte analítica en el tema de los valores, partiendo de una exposición sumaria de las ideas de Scheler y su correspondiente crítica.

ii) La "intuición emocional" de Scheler

Scheler nos habla de lo que denomina "intuición emocional" (ustedes recordarán lo que hemos visto de la intuición sensible y la intuición intelectual). Hablamos de la intuición cuando examinamos el conocimiento y, en términos generales y siguiendo a Husserl, vimos que la intuición es aquel acto de conciencia por el cual un objeto se nos da de presencia a la conciencia. Y ese darse de presencia lo hemos visto en los objetos sensibles, perceptibles, que se dan en la intuición sensible, y ocurre también, según Husserl, en los objetos ideales (como, p. ej., la igualdad "1 + a = a + 1") que se dan en una intuición intelectual. Scheler agrega un tercer tipo de intuición que denomina "emocional", en la cual los valores se darían "de presencia" tal como los objetos sensibles e ideales lo hacen en intuiciones sensibles e intelectuales respectivamente.

Creo que esta forma de hablar de Scheler no puede ser admitida por dos razones. En primer lugar, el bien u "objeto" valioso no se me da en un acto de conocimiento, sino que se me da en el trato existencial plenario que mantengo con un ente. En cambio, el acto intuitivo es un acto específico en el cual el *objeto de conocimiento* se da en plenitud. Por el contrario, mi primer contacto con los bienes —u objetos valiosos— no es cognoscitivo, sino que ellos se dan como bienes a los cuales uno aspira, o como importancia en el mundo, o como obstáculos o dificultades a mi proyecto, etcétera. En otros términos: ellos no se dan en una actitud teórica o de conocimiento, sino que se dan en el despliegue plenario de mi existencia, y hablar de una intuición en mi trato con los bienes ya nos está sacando del verdadero plano en el que ellos se dan y va a resultar en tener por "conocimiento" a algo que no lo es.

En segundo lugar, y aunque admitiésemos por un momento que hay un conocimiento de los bienes antes que un trato con ellos, o que, además del trato con los bienes puede haber un conocimiento de ellos, todavía resulta que lo que se me da de cuerpo presente no es el valor sino que es el bien. Rigurosamente la intuición requiere que su objeto se dé de presencia. Pero resulta que lo que se me da de cuerpo presente no es de ninguna manera el valor, sino el bien, el objeto valioso; y ese objeto valioso se me da no en un acto de tipo intelectual, sino que se da en el trato completo, existencial, que tengo con el objeto. Solamente ya en una forma de posición secundaria —una vez que el bien se ha dado— uno puede adoptar una actitud cognoscitiva respecto de él e intentar hablar del valor. Pero debe destacarse que ese valor viene junto con el bien, y se me da junto al bien en un trato existencial y no cognoscitivo, se da como correlato no de una actitud constitutiva de un objeto de conocimiento, sino en el despliegue plenario de la existencia. Por estas razones que hemos mencionado, esta intuición emocional de la que nos habla Scheler no resulta convincente.

No obstante, Scheler, continuando con el desarrollo de su idea, se encuentra con un grave problema, que pone en crisis esto de la "intuición emocional". Resulta que así como la gente se pone de acuerdo sin dificultad sobre los objetos de la intuición sensible y edifica un conocimiento científico y riguroso acerca de ellos, y de la misma forma sucede con los objetos ideales que se dan en la intuición intelectual, nada de ello pasa con los valores, que vendrían a ser el "objeto" de esa intuición emocional. Respecto de los bienes no existe el mismo acuerdo intersubjetivo, que es determinante de la objetividad, que hay sin duda, acerca de los objetos sensibles y los objetos ideales (piénsese en el grado de objetividad alcanzado por las ciencias naturales y la geometría, p. ej., en comparación con la "axiología"). Scheler se encuentra con esa desgraciada realidad que le muestra que no hay acuerdo intersubjetivo (o sea, no hay objetividad) respecto de los bienes o valores que vienen con ellos. Y, por dar alguna solución, sale del paso diciendo que así como se puede tener una cierta ceguera para ver determinados colores, o para no ver en absoluto, también hay una ceguera que impide ver los valores; se trata de una ceguera "axiológica" bastante general que no permite el acuerdo intersubjetivo. Así explica Scheler el hecho de que la gente no reconozca uniformemente los bienes o los valores que vienen con ellos. Ese desacuerdo —dice Scheler— no quiere decir que los valores no estén, sino que la gente es ciega para verlos. Por supuesto que esta respuesta tampoco nos satisface.

Para seguir progresando en nuestro desarrollo destacamos el hecho indiscutible de que el hombre, en el ejercicio de su libertad, valora. Nadie puede poner en duda que el hombre prefiere algunos cursos de conducta a otros, prefiere algunas cosas respecto de otras que desecha, etcétera. Con esto sólo queremos decir que la vida del hombre no es ni pura biología ni puro conocimiento, sino que es un obrar, un obrar con preferibilidad. Y ello no puede ser puesto en tela de juicio, pero tan pronto se olvida esto y al tema de los valores se lo saca de su ubicación en lo cotidiano

y real del ejercicio de la opción por parte de la libertad, y se lo convierte en tema de conocimiento, ya ahí se empieza a equivocar el camino.

iii) Los valores como cualidades irreales [2]

Esa intuición emocional, cuya crítica en parte ya hemos visto, pretende ser, como toda intuición, intencional. Y por ser esta "intuición emocional" intencional (intencionalidad que ha explicado Husserl) resulta para Scheler que el valor no está en mí, sino que está en la cosa en sí misma. Pero, a pesar de esa afirmación, no se oculta a él que el valor "Belleza", por ejemplo, puede estar en este cuadro, en aquél, y en muchos otros, por lo que se ve obligado a poner el valor en un transmundo platónico. Y así pueden —según él— diversos cuadros "participar" del valor belleza. Éste es el último resultado de la tesis scheleriana que dice que los valores son cualidades irreales de las cosas. Para él, así como hay cualidades reales de las cosas, verbigracia, el color negro de este cenicero, también hay algo como una cualidad irreal que es la elegancia o belleza que el cenicero puede tener. Pero esa cualidad irreal del cenicero que sería la belleza, no está circunscripta al ámbito temporal y espacial como lo está el objeto "bello" que participa de ella, por lo que Scheler en el único lugar en el que puede colocar el valor así entendido es en el *topos uranos*. Manda a los valores a un transmundo y las cosas que han sido y que son participan, si son valiosas, de ese transmundo en una forma misteriosa y platónica. Y éste es el remate de la filosofía scheleriana.

Naturalmente que Cossio no está de acuerdo con la solución a la que arriba Scheler. Pero, sin embargo, él también habla de la intuición emocional, y en esto lo sigue. Ya que si uno toma al pie de la letra la intuición emocional es muy difícil evitar las consecuencias del pensamiento scheleriano. Como yo no veo claro ese tipo de intuición de valor, sino que veo que el bien o la cosa valiosa aparece en el trato plenario de la existencia en el mundo, mi posición es otra. Veamos un ejemplo de Heidegger: cuando él empieza su descripción sobre el ser en el mundo nos habla del ser de los utensilios y del carpintero que está martillando. Para éste, el martillo funciona como una herramienta, como un instrumento que es, conteniendo su valor de utilidad. Hay, si duda, un valor de utilidad en ese utensilio que en nuestro ejemplo es el martillo, pero ¿qué trato tiene el carpintero con ese martillo? No tiene una actitud teórica respecto de él, tampoco tiene una intuición emocional ni ningún tipo de intuición, su trato con el martillo es martillar. Y ese trato plenario que tiene el hombre con el martillo que es martillar y que es lo primero que aparece en nuestra descripción, es lo que nos va a permitir, en segundo lugar, hablar del valor de utilidad del martillo. Pero nótese bien que el primer contacto no tiene de ninguna manera un carácter teórico, no es en absoluto una intuición sino que es un trato plenario de la totalidad de la existencia que va creando a su alrededor un mundo de utensilios. Y lo que sucede en nuestro ejemplo con los valores de utilidad, yo entiendo que sucede con el resto de los valores. Así, todos los bienes u objetos de valor se van dando en el trato plenario de la existencia, no en una actitud teórica o en algún tipo de intuición. Y es por esta circunstancia que en este capítulo, más adelante, no hablamos de la "intuición emocional" de "la justicia", sino que hablamos del sentimiento de justicia que se puede tener o no en el trato de la conducta en interferencia intersubjetiva. Dicho esto, vamos a ver ahora la polémica entablada entre el objetivismo y el subjetivismo y nuestra opinión al respecto.

[2] Aunque partiendo de bases metodológicas distintas, también para Moore los valores son cualidades irreales (cfr. MOORE, G. E., *Ética*, Labor, Barcelona, 1929).

iv) Objetivismo "versus" subjetivismo. Relativismo. Elemento emocional y elemento racional

El objetivismo, cuyo máximo representante de la corriente fenomenológica sería Scheler, en forma muy sintética puede expresarse de la siguiente manera: nosotros apreciamos los valores porque los valores valen. El subjetivismo, en cambio, hace una formulación inversa: para él los valores valen porque nosotros los apreciamos. El subjetivismo plantea así un relativismo en materia de valores, ese relativismo, cuando pretende ser absoluto, se supera poniendo de manifiesto que, en definitiva, se vive en comunidad, se comparte coexistencialmente un mundo cultural y hay una objetividad que resulta de esta intersubjetividad —como señala Husserl— en la cual se puede compartir el mismo sentido o valor. Pero hay un relativismo más refinado y menos absoluto que no supedita los valores al arbitrio de cada individuo, sino que sostiene la relatividad de los valores respecto de cada comunidad histórica, de cada civilización.

Planteado como relativismo histórico, el antiobjetivismo se hace más difícil de refutar porque, a primera vista, no se ve razón alguna que otorgue a una época mayor predicamento o autoridad respecto de otra, en las diferentes valoraciones que, a través del tiempo, han tenido. No se comprende cómo puede calificarse de errada a una civilización con valores contrarios a los nuestros, puesto que aquellos que vivieron esa civilización e incluso algunos de nosotros, pueden sostener que la valoración adecuada no es la nuestra sino, precisamente, la que calificamos como

equivocada. Con esto sólo quiero plantearles en forma general el problema, sin entrar de inmediato en la respuesta.

Otra cosa que se puede señalar en las meditaciones recibidas sobre este tema es que hay en la captación del valor, en la valoración, dos elementos imbricados. Uno de estos elementos sería irracional, el otro tendría las características de ser racional o cuasirracional. La "intuición" es conocimiento y, por lo tanto, racional, pero en tanto emocional pretende dar cabida al otro elemento. Pero adelantamos desde ya que ese híbrido —como todos los híbridos— no se ha mostrado fecundo. Admitamos pues, sin prejuzgar, que hay un elemento emocional. Respecto del otro elemento, el racional, podemos advertir que ciertos autores lo han destacado con mayor precisión. Así Stammler, por ejemplo, cuando proyecta el tema de la justicia como si ésta fuera una idea kantiana y dice que la justicia es la armonía de todas las aspiraciones posibles, lo que hace es darnos una pura idea de tipo racional; en ella no hay emoción alguna. Esa armonía de todas las aspiraciones, como idea racional sólo plantea una especie de compatibilidad lógica. Y si uno siente resistencia a aceptar la respuesta de Stammler al pie de la letra, es porque despoja a la valoración de lo que tiene de emocional. Este elemento de racionalidad debe ser tenido en cuenta para no caer en la caracterización del acto de valorar como una pura emocionalidad que nos llevaría a establecer, como criterio para valorar, la arbitrariedad de las emociones. Consecuencia ésta que tampoco nos satisface porque olvida el elemento racional.

Visto esto parecería que una buena descripción del valor tendría que dar cabida a ambos elementos: el racional y el emocional o irracional. Habría que advertir qué papel juega cada uno en la valoración y cuál es su lugar. Por esto se nos puede tachar de eclécticos, pero yo creo que podemos considerar ambos elementos sin caer en el eclecticismo. Esta posibilidad vamos a considerarla como último punto de esta primera parte, ahora proseguiremos con la doctrina recibida sobre el tema de los valores.

20.1.2. Caracteres de los valores. Polaridad y jerarquía. Tabla de valores

No obstante que, por lo que vimos, la tesis scheleriana no puede ser compartida o aceptada en su totalidad, hay algunas cosas que Scheler y Hartmann han puesto de manifiesto en su investigación sobre los valores y que merecen tenerse en cuenta. La primera de ellas es la que se refiere a la polaridad o bipolaridad de los valores. Éstos se dan siempre en una gradación bipolar, están entre un polo positivo y uno negativo, y entre estos polos hay una gradación de matices imperceptibles, por lo que resulta imposible determinar exactamente cuál es el punto medio entre ambos

polos, o sea, cuál es el momento en que pasamos del polo positivo al polo negativo. Así, si nos referimos a un valor estético, por ejemplo, la belleza, podemos ver que hay un cuadro que es muy bello, que hay otro que lo es menos y un tercero que es ya bastante menos bello, hasta que caemos en uno que resulta feo. Ésta es la idea de la bipolaridad. Idea que se da como correcta no sólo con los valores estéticos, sino también con los valores morales como la justicia o el bien, y en general con todos los valores. Pero hay un caso específico en el cual las cosas no se dan en esta forma. En el valor de la verdad y el error no hay gradación alguna. Hay algunos autores que los incluyen como valores "lógicos", pero, sin entrar a considerar eso, nosotros consideramos que los valores de verdad y error no forman parte de la teoría axiológica propiamente dicha.

Paralela o independientemente de esta característica de la bipolaridad, está lo que Scheler denomina la "jerarquía" de los valores. En un solo ámbito de sentido o en distintos ámbitos de sentido se da la jerarquía como una especie de altura de los distintos valores. Tomemos el caso de la estética: la elegancia es un valor de una jerarquía inferior a la belleza, que es un valor de jerarquía superior. Los valores tienen así una gradación jerárquica que no es difícil advertir. Y esta jerarquía que cada valor tiene está en relación inversa con la "fuerza" de ese mismo valor. Se entiende por "fuerza" la tendencia del valor a su realización: mientras más realización encontremos de él, más fuerza tendrá. Es fácil ser elegante, el valor elegancia tiene bastante fuerza puesto que su tendencia a ser realizado es considerable, pero ya la belleza o la gran belleza de una obra de arte es difícil, se realiza raramente, por lo que la fuerza de la belleza es inferior a la fuerza de la elegancia. Mientras mayor es la jerarquía de un valor, mientras más alto está en ella, más difícil es su realización, por lo que su fuerza va a ser menor y viceversa: mientras menor jerarquía tenga un valor su realización será más fácil, es decir, su fuerza será mayor.

Esto de la jerarquía y la fuerza de los valores en forma general es aceptable. Y especifico, pues, en forma general porque podría sostenerse que la respuesta debe ser la inversa. Es decir, sostener que las cosas que no tienen una realización común, los valores que no se encuentran con facilidad, son valorados por su rareza y que la jerarquía sólo es, en definitiva, la "rareza" o vulgaridad de un valor. Cosa que en materia de economía parece que es correcta. El tema puede ser discutido, pero creo que se ve con claridad que hay cierta función inversa entre la jerarquía y la fuerza del valor. Todavía esta idea de jerarquía puede proyectarse fuera de un solo campo de sentido englobando, simultáneamente, todos los campos específicos de sentido. El resultado es una jerarquización no ya de un valor respecto de otro, sino de todas las esferas de sentido. Y es así como

Scheler remata este tema de la jerarquía. Según él los valores de jerarquía inferior son los de utilidad; por encima de ellos estarían los valores vitales, por ejemplo, la salud; por encima de los valores vitales están los espirituales; dentro de los espirituales están los éticos, que son superiores a los estéticos, etcétera. Y como coronación de toda esta tabla axiológica estarían los valores religiosos con un sentido de lo santo y lo profano. Así veremos que la idea, al principio humilde y aceptable, de la jerarquía, va entrando en una especie de paranoia sobre qué es lo que se entiende por "tabla de valores". La tabla de valores es la pretensión de decir de una vez para siempre la última palabra respecto del lugar jerárquico que los valores ocupan. Se intenta así detener el curso de la historia. Yo estoy totalmente en desacuerdo con esta tabla de valores. Cossio, con una imagen que quizá no sea la más adecuada —pero en principio resulta útil— nos muestra cuán insuficiente es esta idea de la jerarquía.

La imagen es la de una esfera sobre la que estarían repartidos los valores; esta esfera se va desplazando, por lo que el punto sobre el cual descansa su peso va cambiando constantemente. Y ese punto es un valor que, en un momento determinado, adquiere una gran importancia, es decisivo; pero en otro momento, por el girar de la esfera, el valor que aparece como decisivo es otro, y luego otro, etcétera. Así, todo el peso de la esfera va gravitando sobre los diversos valores que integran el meridiano sobre el que está girando, y en cada momento hay un valor supremo de acuerdo con la situación que se está viviendo; en otro momento, el peso de la esfera ya descansa en otro punto y el valor supremo es otro. El intento de formar una tabla de valores más o menos rígida es contrario a la idea misma de cambio ínsita en la de libertad. Aunque no sé si la imagen de la esfera es correcta, estoy de acuerdo con la idea básica de Cossio. Resulta absurda la pretensión de estratificar de una manera permanente el tema de los valores. Ese intento quiere sustituir con una respuesta "filosófica" o "axiológica" a la vida misma, a la libertad, ignorando que la filosofía únicamente puede describir las distintas posibilidades, la forma en que juegan los valores en esas posibilidades, su formación, etcétera, pero la decisión sólo la toma la vida, la libertad en general, y no la filosofía.

Ideal real e ideal verdadero. Según Cossio, "el sentido de una acción es el ideal hacia el cual ella se proyecta y sin el cual ella no se comprende como conducta". Dice también que respecto de este ideal podemos formular dos preguntas muy distintas. ¿Se trata de un ideal real? o, lo que es lo mismo, ¿ese ideal nos da, efectivamente, el sentido de la conducta? Bajo la perspectiva de este interrogante, "ideal real" se opone a "ideología" *strictu sensu*, en cuanto ésta es espejismo que no encuentra cumplimiento intuitivo y no sirve para concebir el dato de la conducta. Ideal real es, así, el efectivo sentido de la conducta con prescindencia de lo valioso o disvalioso que puede resultar. La segunda pregunta que podemos formular es ¿se trata de un ideal verdadero? En este sentido se discute, por ejemplo, cuál, si el cristianismo o el budismo, es la verdadera religión. Y aquí "ideal verdadero" se contrapone a "ideal falso".

Pongamos un ejemplo: si alguien cuya vida se desenvuelve bajo el signo del egoísmo y los placeres materiales se autoproclama "cristiano", resulta que su conducta no es captada con el ideal que persigue el cristianismo. Por sobre su propia opinión, el ideal real que persigue con su conducta concreta no va a ser, obviamente, el cristianismo. Pero si, pongamos por caso, alguien viviese en un todo de acuerdo con los principios cristianos, todavía podríamos preguntarnos si el cristianismo es la verdadera religión o no. O sea que, si bien el cristianismo sería el "ideal real" de su conducta, podría, no obstante, no ser un ideal verdadero.

La noción de "ideal real" no provoca mayores dificultades. No ocurre lo mismo, en cambio, con la noción de "ideal verdadero", ya que ésta supone o bien un valor metafísico más allá de la historia, que pueda servir de cartabón o pauta para juzgar a la historia misma —cosa que Cossio rechaza—, o bien cierta ley o destino ínsito en la historia que pueda servir para juzgar las desviaciones o apartamientos del mismo. Esta última parece ser la postura de Cossio y también, por su parte, la del marxismo ortodoxo. Sin embargo, esta posición resulta difícilmente conciliable, —como veremos más adelante— con la noción de que la historia es una experiencia de libertad, y no de necesidad.

20.1.3. Bases existenciales de una axiología

Después de esta introducción general examinemos, en dos palabras, lo que, a mi criterio, constituyen las bases existenciales de la axiología. La teoría de los valores, tal como se nos presenta, no resulta aceptable; debemos, pues, sustituirla por otra. Y para hacer esta sustitución como partícipes de una filosofía que se llama existencial, tenemos que dar la base existencial para el desarrollo de esta axiología.

i) Relatividad del valor a la existencia

Dentro de estas "bases" lo primero que podemos decir es que no se puede hablar de objetividad si esto significa "independiente de existencia". Todo valor es relativo a la existencia. Por ello es una contradicción, desde este enfoque, hablar de valores "en sí". Lo segundo que se advierte es que es el trato de la existencia lo que va abriendo el mundo en general,

y en especial y en primer término, el mundo de los bienes. Primero aparece el mundo de los bienes, después el de las cosas. Esto quiere decir que ese trato primero nos pone en contacto con cosas valiosas o disvaliosas, y luego, en segundo momento, nos pone en contacto con "cosas" sin el carácter axiológico de los bienes. La actitud teorética que siempre se puede tomar para esclarecer lo que la vida ha hecho, es secundaria de esa primera apertura práctica —digamos "praxis"— que es la vida. En otras palabras: la primera impostación del tema axiológico en la vida, en la existencia, es de tipo práctico, y la teoría es ya un segundo paso que se da para esclarecer lo práctico. Partiendo de esto podemos desdeñar sin más esas tablas de valores que quieren subordinar la vida, la praxis, al resultado de una especulación teórica. Esto puede resultar un poco decepcionante en la medida en que todos estamos conducidos por esa pretensión que señaló Sartre de ser "en sí" y "para sí" simultáneamente; por eso mismo, pretendemos una tabla o pauta axiológica que nos indique qué es lo que en definitiva tenemos que hacer. Pero, desgraciadamente, no puedo prometerles ningún resultado de ese tipo. La teoría que queremos hacer es una teoría que viene después de la praxis, y no se anticipa a ella para determinar para siempre cómo tiene que ser el curso de la historia. Esto tiene que quedar bien claro desde ahora, puesto que señala cuál es la dirección de nuestra tarea.

Hemos visto que los valores son relativos a la existencia, pero todavía con esa afirmación general podemos caer en el relativismo, subjetivismo, etcétera, cuya expresión sintética podría formularse así: "en materia de valores todo es cuestión de opinión y sobre gustos no hay nada escrito". Para evitar esa caída reflexionemos sobre dos cosas. La primera es que la existencia es siempre coexistencia, esto nos muestra que el subjetivismo absoluto puede ser superado advirtiendo que el hombre siempre hace su vida con los otros hombres, y en este co-hacer su vida con los otros hombres, se va estructurando un mundo cultural compartido. Los sentidos y valores son compartidos por los que integran la coexistencia. Con esto hemos dado el primer paso en la superación del subjetivismo como relativismo absoluto, pero aún queda la objeción mayor que plantea el historicismo.

ii) El presente como trascendencia a la historia. La situacionalidad

El historicismo no formula un relativismo individualista, sino comunitarista o social. Contra el historicismo no podemos decir demasiado, pero señalemos que, como lo ha destacado Cossio, el presente excede siempre a la historia. La historia siempre se hace en el presente, desde este presente que es un punto absoluto de partida. Desde el presente hacemos el relato del pasado y asumimos la parte que nos interesa para construir nuestro propio presente en proyección hacia el futuro. En otros términos: la decisión que tenemos que tomar en nuestro "aquí y ahora" en el cual se juega realmente el tema de los valores, no nos puede ser hurtada o sustituida por nadie. Es cierto que la decisión que tomemos, por más absoluta que sea hoy, va a ser "mejor" o "peor" mañana, o dentro de varios años. Ella va a ser relativizada por un nuevo presente. Eso es correcto. Pero en el presente nuestro esa relativización no existe. Debemos hacer la historia con un sentido absoluto, porque el presente de aquí y ahora es absoluto. Tomemos como ejemplo la Revolución de Mayo. Respecto de ella pueden venir los historiadores y explicarnos las causas de esa Revolución, los fenómenos económicos y sociales que la produjeron, las motivaciones individuales, etcétera; pero para los que hicieron esa Revolución, los que vivieron ese presente, no tenían ante sí causas que les explicaran en forma absoluta qué debían hacer: ellos tenían que tomar una decisión en un presente que los urgía. Y así como algunos optaron por la causa revolucionaria, otros, como Liniers, optaron por la contrarrevolución, y cada uno jugó su vida en uno u otro sentido. Ninguno pudo decir: "en vista de que las circunstancias sociales, económicas, etcétera, son tales y cuales, la decisión la toma la historia y la toma por la revolución". Nada de eso; cada uno enfrentó un problema, el problema de decidir. La decisión nunca la toma la historia, sino que siempre la toman los hombres. Y la toman con un sentido absoluto desde su presente, y al hacerlo van haciendo la historia. Esto es todo lo que creo que se puede decir para superar el relativismo historicista.

La existencia individual o colectiva ha llegado siempre a un nuevo presente. Está en situación. En vista de tal situacionalidad, característica de la existencia, deberíamos concluir que todo valor, todo ideal como apertura de un futuro, es siempre relativo a una situación y que no hay valores omnisituacionales. Es decir, que no hay valores absolutos, ya se los pretenda como trascendentes o como inmanentes a la historia misma. La noción misma de ideal verdadero es, así, puesta en jaque.

Con ser lo precedente cierto no nos empuja, sin embargo, a un puro relativismo. Pues, puede ocurrir —y de hecho ocurre— que cierta situación —o ciertos aspectos de una situación— sean conquistas bien ganadas y no reversibles en la historia de la humanidad o de un grupo humano determinado. Así ocurre, por ejemplo, en materia tecnológica. Dominado el fuego por el hombre, o inventada la rueda, estamos en una situación tecnológica que supera obviamente a la anterior y que —aunque pueda, a su vez, ser superada— hace inconcebible un regreso al estado anterior. El

valor de utilidad de la rueda es permanente y omnisituacional a partir de su invención misma.

Lo mismo cabe decir en materia de cambio social. Algunas técnicas como, por ejemplo, el cambio, y luego la invención de la moneda, pueden considerarse conquistas definitivas de la humanidad y el valor de utilidad que entraña su uso también. Estas consideraciones nos llevarán, finalmente, a admitir el carácter permanente del valor de la justicia conmutativa —teorizada por Aristóteles y Santo Tomás—, ya que si el cambio es una conquista permanente de la humanidad, también lo es este tipo de justicia que requiere que allí donde se da el cambio, los valores cambiados sean (más o menos) iguales.

Con la salvedad expuesta en lo precedente acerca de la permanencia de ciertas situaciones, sigue siendo cierto —y no se contradice con lo anterior— que lo valioso en una determinada situación puede ser un disvalor en una situación diferente. Siempre "lo valioso" es relativo a la situacionalidad humana. Tomemos un ejemplo: acostarse con la propia hija aparece ante nosotros como algo disvalioso y reprobable, pero si por ventura hubiese desaparecido el resto de la especie humana, como en el caso de Lot y sus hijas, parece que no sólo sería lícito hacerlo, sino que en esa situación sería un imperativo para salvar la especie. Así no resulta difícil advertir que siempre la situacionalidad de la vida humana da la base, el apoyo, a toda apertura axiológica. Únicamente podríamos hablar de un ideal verdadero pero sin embargo positivo si mostráramos una situación privilegiada de la libertad, pero al hablar de ella surgen interrogantes sin respuestas: ¿esa situación privilegiada es inicial o final? ¿Cuáles son los títulos de su privilegio? ¿Cómo se accede a su conocimiento?

iii) Crítica a la concepción de una situación originaria como fundamento de un valor absoluto superior a la historia

La situación inicial de la libertad —entendida como origen del hombre a partir de la naturaleza— resulta a todas luces en rigor incognoscible. Todo lo que puede ofrecernos la descripción fenomenológica es un *tema* de origen. La exploración del tema del origen puede, por ejemplo, partir de un *cogito* actual para mostrarnos que esa experiencia remite a experiencias anteriores de constitución del mismo objeto, que es meramente "reconocido" ahora, pero realmente "constituido" solamente en la serie total de experiencias congruentes del mismo. En esta remisión al pasado de la propia corriente fenomenológica de las vivencias hay por fuerza, también, un paso de lo actualmente objetivante (pues sólo el acto presente es objetivamente en sentido propio) a lo potencialmente objetivante; de lo claro a lo oscuro. Y este tránsito a lo inexpreso, lo no deliberado y

no reflexivo es necesario, pues lo deliberado y expreso del acto presente es su objeto propio y no dicha historia genética de la experiencia. Si queremos prestar atención a esta última, ella se ha desenvuelto en su totalidad en el plano de lo oscuro e inconsciente y no puede ser sacada totalmente a la luz, no puede ser reconstruida en la conciencia. Nuestro origen se encuentra pues necesariamente envuelto en la oscuridad, ya que su misma forma de darse a nuestra conciencia presente es la de una remisión a lo irreflexivo y no temático que se ha ido enlazando en experiencias sucesivas hasta llegar al presente. La libertad consciente y más o menos racional que somos como adultos, en la búsqueda del origen, se hunde así progresivamente en la libertad menos racional —prerracional— y finalmente indiferencialmente preconsciente que éramos cuando niños. En esta reconstrucción podemos quizá trazar los perfiles de una "historia" a partir del punto en que la libertad que ya éramos alcanza el nivel de la razón y, de aquí en adelante, reconstruir las líneas generales de una "historia" más o menos congruente hasta el presente. Pero la "prehistoria" en la cual el niño que éramos se elevaba ya por su libertad por sobre la pura naturaleza se hunde forzosamente en la oscuridad y nos resulta, si bien indicada, siempre inaccesible. Con ella el auténtico "origen", aquel que hace el hombre respecto de la naturaleza, se encuentra por fuerza perdido en la oscuridad y el olvido. Es inútil que nos preguntemos "ontogenéticamente" cuándo viene el alma al cuerpo, en qué momento se instala la libertad en el feto o el niño. Si, como ha mostrado largamente Merleau Ponty, el cuerpo es la libertad misma, siempre nos encontraremos con un cuerpo y una libertad en él, que preceden a nuestro "yo" y a nuestra toma de conciencia que lo caracteriza.

Es inútil también que nos preguntemos "filogenéticamente" por el origen del hombre como especie o por el origen de la historia humana tratando de reconstruir una prehistoria *ad hoc* en la cual, por ejemplo, el hombre se separa de la naturaleza mediante el trabajo que la modifica. Esto podrá ser una hipótesis bien verosímil, pero siempre una hipótesis metafísica. La "naturaleza" de la que nos habla no es la que estudian, por cierto, las ciencias de la naturaleza; no está estructurada sobre la hipótesis básica de la necesidad o causalidad. Es, por el contrario, una naturaleza "dialéctica" y en ello va implícito —aunque no expresamente reconocido— que en ella se da la libertad y no la necesidad absoluta. Es en realidad nuestro propio pasado en la oscuridad que necesariamente lo envuelve. Pero al sustituir esta oscuridad que la descripción fenomenológica señala, por la noción aparentemente esclarecedora de "naturaleza" —así sea dialéctica—, se echa de ver que se trata en rigor de una pura hipótesis metafísica. Todavía habría que añadir que necesitaría alguna conside-

ración la misma noción de "trabajo" y en qué medida no va implícita en ella la noción de razón o de libertad al nivel específicamente humano y adulto de la conciencia más o menos racional. Sobre este punto volveremos al considerar la tesis marxista sobre el trabajo como situación humana básica.

Por otra parte, es posible considerar como situación privilegiada el futuro, la meta de la historia. Sin detenernos en San Agustín, por ejemplo, es importante señalar que el mismo Husserl ha propiciado una respuesta de este tipo al considerar a la razón como un nivel superior de la conciencia y, finalmente, como un ideal al que ésta se encuentra encaminada [3]. Esta respuesta, tomada con suficiente cautela, es todavía fenomenológica y descriptiva ya que no pasa de ser un llamado a la libertad para que cobre conciencia de sí misma; de llevar hasta su último extremo ese movimiento ya dado en la libertad-conciencia misma.

iv) Lo "mejor" en la situación. Norma y juicio de valor. El valor como reificación de la libertad

Si bien resulta extremadamente difícil mostrar el valor puro, no resulta tan arduo habitualmente señalar la mejor posibilidad en una situación determinada. Las conclusiones que saca Cossio de esta sagaz observación lo llevan a hablar de los valores positivos puros y de su descubrimiento por hombres con vocación. Pero un examen más detenido del mismo tema puede quizá hacernos ver cómo el valor puro (en sí) no es nada más que una cosificación o reificación del tema original: la opción libre y su preferencia [4].

Que el "valor" se dé originariamente no como lo "bueno" sino como lo "mejor", como la mejor posibilidad entre varias existencialmente dadas, nos hace entroncar cómodamente con temas conocidos de la filosofía existencial: situacionalidad, posibilidades dadas, libertad, opción, preferencia. "Mejor" no quiere decir, entonces, "más bueno que" donde se supone de algún modo la noción de "bueno". "Mejor" quiere decir, en cambio, la posibilidad preferida a nivel consciente y racional. Esta preferencia, en la medida en que se ejerce a nivel consciente, se hace sobre el telón de fondo de las otras posibilidades más o menos representadas (en lo que se echa de ver que hay un tema de grado en lo del nivel consciente y racional) pero descartadas frente a la preferida. "Mejor" en este sentido no supone "bueno", tal como se puede advertir en la opción por lo "menos malo".

La preferencia reiterada o recurrente —real o imaginaria— por alguna posibilidad y la tendencia permanente a escamotearnos nuestra propia libertad, a descansar en el "en sí" de la cosa nos lleva finalmente a hablar de "bueno" y "malo" como cualidades de la cosa en sí, de la posibilidad en sí, como si esto tuviese algún sentido. *El valor en sí es, por lo tanto, la aprehensión cosificada de nuestras posibilidades preferidas.* De allí a la cosificación del hombre mismo no hay más que un paso, ya que la adhesión al "valor" nos exime de hacer la compulsa real de las posibilidades en cada caso y, sobre todo, de explicar el nosotros que ejerce en realidad la preferencia. Por el valor en sí de la cosa o la posibilidad imponemos en verdad, por ejemplo, nuestras preferencias a los demás y en ello se ve la misión ideológica en sentido lato del "valor".

En la acción misma, el "valorar" entendido como un señalar la mejor posibilidad dada y el preferir puesto de manifiesto por la acción que va omitiendo las otras posibilidades, son inescindibles. Son la misma acción vista por dentro y por fuera respectivamente. Si, tomando distancia sobre la acción misma, queremos elevarnos a un plano más consciente y racional para pensarla, todavía para una ética estrictamente autónoma no puede haber ninguna diferencia entre los juicios "haz X" (y omite Y, Z) y "X es lo mejor" (entre X, Y, Z, que es todo lo que se puede hacer). Solamente después de la reificación de lo mejor (de las posibilidades dadas en la circunstancia) a lo bueno (en sí), "norma" y "juicio de valor" parecen separarse y el segundo pasar a ser fundamento de la primera [5]. Pero se trata de un seudofundamento, viciado por la reificación de la que ya hemos hablado.

[3] "Vinculada a la acción, la razón ya no es aislable, no es ya característica de ciertos actos nada más —actos de conocimiento, p. ej.— ni una propiedad extrínseca que se añadiría a nuestros gestos animales para volvernos humanos. Es todo el comportamiento el que debe tener acceso a un nivel superior, el que debe llegar a ser consciente; personal y voluntario, caracterizado por lo que Husserl llama *Selbsthesinnung und Selbsverantwortung*. Esto valdrá primeramente para algunos actos esporádicos, se extenderá lentamente, hasta el fin —y he aquí precisamente el ideal llamado razón— caracterizar la unión de una vida y de la vida de todos los hombres" (ROBBERECHTS, L., *El Pensamiento de Husserl*, México, 1968, pág. 34).

[4] La reificación —importante concepto marxista— es definida sencillamente por BERGER, Peter - LUCHMANN, T., *La Construcción Social de la Realidad*, Amorrortu, Buenos Aires, 1968, pág. 116, como "la aprehensión de fenómenos humanos como si fuesen cosas, vale decir, en términos no humanos o posiblemente suprahumanos".

[5] Un análisis fino de los "juicios de valor" puede, sin embargo, descartar esta apariencia y mostrar que ellos, igual que las normas, en rigor recomiendan un curso de conducta más que describen una situación dada. Según algún autor, su uso más importante es crear una influencia ya que recomiendan el interés por un objeto (cfr. STEVENSON, C. L., "El significado emotivo de los términos éticos", en AYER, A. J. [comp.], *El Positivismo Lógico*, México, 1965, pág. 273).

El mismo Husserl ha caído en la trampa de la reificación —trampa tendida por cierto, por el mismo lenguaje— cuando al tratar el tema, si bien al pasar, sostiene que toda norma supone o se funda en un juicio de valor así como, por ejemplo, la norma "el guerrero debe ser valiente" se funda en el juicio de valor "todo guerrero valiente es un buen guerrero". Es obvio que en esa argumentación, así como en el ejemplo, se ha sustituido la auténtica realidad existencial, el hombre de carne y hueso, como dijera Unamuno, por un puro rol institucionalizado: "el guerrero". Pero quien debe afrontar el peligro de la muerte en el campo de batalla no es naturalmente "el guerrero", sino el hombre. En otros términos: aunque la norma y/o el juicio de valor se enuncian para "el guerrero" es, en realidad, el hombre quien debe cumplir la conducta en cuestión. Para este hombre plenario —a menos que él mismo se reifique identificándose con su rol de "ser guerrero"— [6] la pura norma está mucho más cerca de la verdad de su opción que el juicio de valor que aparentemente la funda, ya que a la norma al menos puede referirla a la totalidad de su situación sin el intermediario reificante del "juicio de valor".

v) La "intensidad emocional" como elemento de la captación de valores

Vimos, al examinar la "intuición emocional" de Scheler, que podíamos señalar en toda captación de valores un elemento racional o cuasirracional, y un elemento emocional. Este enfoque, que aún está en estado de elaboración, quizá puede permitirnos aclarar algo este tema de la axiología.

En toda captación valorativa o experiencia axiológica hay un elemento emocional que podemos denominar "intensidad emocional". Cuando escuchamos una sinfonía o un cuarteto que nos entusiasma, cuando estamos frente a un cuadro que consideramos "bueno" o "valioso" (no por su prestigio, sino porque lo sentimos de esa manera), o cuando observamos un acto de justicia o de injusticia que nos satisface o nos indigna, aparece en nosotros una determinada afectación emocional. Decimos por ello que en el encuentro con el valor o el disvalor hay siempre una "intensidad emocional".

[6] Los "roles" pueden reificarse al igual que las instituciones. El sector de la autoconciencia que se ha objetivizado en el "rol", también se aprehende, pues, como un destino inevitable en el cual el individuo puede alegar que no le cabe responsabilidad alguna. La fórmula paradigmática para esta clase de reificación consiste en declarar: "No tengo opción en este asunto. Tengo que actuar de esta manera debido a mi posición (como marido, padre, general, etc.)" (BERGER, P. - LUCKMANN, T., *La Construcción*..., cit., pág. 119).

Esa intensidad emocional tiene, por la estructura del tiempo, una cuasirracionalidad. Examinemos su estructura temporal: en primer lugar advertimos que podemos continuar con el encuentro que la provoca o podemos suspenderlo; o sea, cuando el cuadro lo vivamos como valioso lo miraremos mucho más que si es un adefesio, y ello porque en el primer caso habremos optado por continuar con nuestro encuentro con ese bien, y en el segundo habremos hecho en el sentido de interrumpirlo de inmediato. Esta intensidad emocional tiene así una continuidad en el tiempo. En segundo lugar hay, también por la estructura del tiempo, una reiterabilidad del encuentro, y con él una reiterabilidad de la intensidad emocional que provoca. La sinfonía que nos entusiasmó en la sala de conciertos nos moverá a una segunda audición y luego a una tercera, etcétera. Lo mismo sucede con el cuadro, la poesía o el párrafo que nos afecta emocionalmente en un sentido positivo. Por último, y en tercer lugar, tanto en la continuidad como en la reiteración, como en la libertad, puede decidirse por una cosa o por otra, está la "comparabilidad". Reiteramos esta o aquella cosa, se nos plantea aquí también la alternativa que la libertad siempre lleva consigo. O escuchamos la *Novena Sinfonía* o la *Pastoral*, o ninguna de las dos y nos vamos a leer un libro o a hacer otra cosa. Habremos comparado la *Novena* con la *Pastoral* para fundar nuestra opción en el resultado de esa comparación.

Los caracteres de la intensidad emocional que emanan de la estructura del tiempo, que son la continuidad, la reiterabilidad y la comparabilidad, van diseñando un esbozo grosero de un orden. Se va diseñando en forma cuasirracional un orden en el cual las cosas tendrían un lugar determinado de preferibilidad. Este orden remataría en la famosa tabla de valores, cuya crítica ya hemos visto. Pero téngase en cuenta que ese orden del que hablamos no es más que una idea kantiana, no es algo que pueda alguna vez lograrse y terminarse en forma definitiva. Por el contrario, es un orden abierto, dado por la vida misma y sus circunstancias y tan variable como ella. Esta idea kantiana es de tipo racional y apunta a la ordenación total y absoluta de cada campo de sentido y de todos los campos entre sí, y esa ordenación sería la tabla de valores final. Pero ese orden terminado no es de este mundo, no es algo real (por eso señalamos que se trata de una idea kantiana), la tabla de valores no existe. Lo que hay es una fuerza (cuasirracional) que está implícita en la experiencia axiológica. Es una excesiva pretensión de la razón la de estructurar en forma final todos los bienes de una vez para siempre. Pero esa estructuración definitiva implica la petrificación de la vida misma. Al sustituirse a la libertad, ella pretende desplazar la opción por un orden cerrado y último, cosa que realmente resulta insoportable a la vida que es, en definitiva, libertad. En

conexión con lo que hemos visto más arriba, podemos decir que caeremos en reificación cada vez que querramos ver a esta "tabla de valores" como algo concluso y definitivo.

Solamente, una y otra vez, el retroceso a la situación existencial efectivamente dada puede rescatarnos de tal reificación. Pero esto vale tanto como decir que todo valor es relativo a la situación existencial, a la existencia.

vi) El trabajo como situación fundamental

Dijimos más arriba que dada la situacionalidad de la libertad, es inútil pretender hablar de un valor verdadero (por oposición a otro meramente empírico) a menos que mostremos una situación privilegiada. Esto es lo que ha hecho el marxismo señalando la condición básica del hombre en su ser trabajador. El materialismo dialéctico señala en el trabajo —modificación de la naturaleza por el hombre— la condición humana básica o fundamental y puede, a partir de allí, desplegar una interpretación de la historia con pretensión científica.

No entraremos aquí en una discusión a fondo del marxismo, pero despojado de su fondo metafísico que es el materialismo dialéctico (de ahí que la relación con la naturaleza resulta fundamental), desde el punto de vista de la fenomenología existencial, no se justifica este privilegio que el marxismo pretende para el trabajo como situación básica o fundamental del hombre.

No es necesario, por consiguiente, hacer la crítica de quienes pretenden (como Cossio y Fromm) conservar la definición del trabajo como característica primordial de la condición humana, sin aceptar su fundamento en la metafísica materialista. Para ello debemos distinguir de alguna forma el trabajo de la mera actividad. Y tanto es más necesaria esa distinción cuando se advierte que a la palabra "trabajo" se la usa ambiguamente para designar en forma amplia toda labor o actividad de existencia, como el juego, el deporte, la recreación, etcétera, y también para hacer referencia a la transformación que hace el hombre de la naturaleza para subsistir o para mejorar las condiciones de subsistencia, o a los servicios que presta por un salario. Ese uso ambiguo desconcierta y permite que, por un lado, se afirme que el ser del hombre es ser trabajador, *homo faber*, en el sentido amplio del término "trabajo", y por otro se diferencia la actividad de los "trabajadores" de quienes no lo son, utilizando el sentido restringido que alude a asalariado. Se advierte que si el ser del hombre es ser trabajador, tan trabajador como el asalariado es el director de empresa, o si, por el contrario, sólo es trabajo el del asalariado o trabajador manual, no podemos afirmar que sólo ellos participen del ser del hombre. Este doble uso de la palabra "trabajo", no obstante ser contradictorio, ha sido usado con un fin político por algunos marxistas: decir que todos somos trabajadores, porque es nuestro ser, es algo que tiene mucha fuerza de convicción, pero cuando se quiere hacer un cambio revolucionario se sostiene que sólo trabajan los asalariados y se descalifica a los demás como parásitos. Lógicamente no podemos afirmar ambas premisas porque se contradicen, pueden ser falsa una y verdadera la otra, o viceversa, o falsas ambas, pero pueden ser las dos correctas.

Por otra parte resulta sospechoso que justamente hoy, cuando el hombre está más agobiado por el trabajo, aparezca esta respuesta filosófica que ve en ese trabajo el carácter constitutivo y definitorio del ser del hombre. En el momento en que la masificación derivada del aparato productor y consumidor de la riqueza enajena al hombre, el ver su ser solamente en el trabajo parecería ser una respuesta relativa a las circunstancias históricas que estamos viviendo. Frente a este planteo surge la pregunta: ¿y si el dominio de la naturaleza por el hombre llegara a ser tal que el trabajo humano no fuese más necesario, qué sucedería con ese "ser del hombre" que es sólo trabajo? Todo esto nos hace reflexionar sobre el problema; yo advierto los daños que le hace al hombre la masificación —y Marcuse también lo destaca— característica de la sociedad de consumo, y el trabajo que esta sociedad impone hace perder al hombre algo de su autenticidad. ¿Cómo compaginar ese trabajo que perjudica en su autenticidad al ser humano con la afirmación "ser humano es ser trabajador"?

Lo primero y decisivo que aparece en el tema del hombre es la libertad. Ella es más originaria y más profunda que el hombre mismo. Además, los antiguos no andaban muy desencaminados al caracterizar al hombre como animal racional. Aunque debemos reconocer que trabajo y razón se coimplican. El trabajo necesita de la razón, puesto que sin razón no hay trabajo, y la razón se sirve del trabajo ya que éste es, en definitiva, la modificación de la naturaleza al servicio del proyecto humano. En lo dicho están ya los dos elementos espirituales del trabajo, que son la razón y el proyecto, o sea el avance o anticipación del futuro como previsión, elementos que provienen de la capacidad de creación del hombre, la que a su vez se funda en la libertad. Pero lo que creo que es decisivo o definitorio del trabajo es su aspecto social; por ello considero "trabajo" aquello que el hombre hace por los demás y al servicio de los demás. Y esta definición resulta aplicable en cualquier régimen, ya sea que me retribuyan con un salario en una sociedad liberal, o con servicios o prestaciones de la sociedad socialista. Esto que hago al servicio de los demás puede no coincidir con lo que yo quiera hacer, con lo que me gusta hacer porque me resulta gratificante. Y aquí está el punto crítico: habitualmente no coin-

cide lo que la sociedad me pide que haga como trabajo con lo que yo quiero hacer por propio gusto, y así el trabajo aparece como maldición bíblica. Este conflicto axiológico que se plantea corrientemente entre lo que me gusta hacer y lo que me pide que haga, y que está ínsito en el trabajo como función social, se esconde ideológicamente con la idea de la vocación. Naturalmente que si tengo vocación para hacer filosofía del Derecho y la hago y además me pagan para hacerla, resulta que todos estamos satisfechos. Pero no se nos oculta que la sociedad requiere para su funcionamiento una serie de trabajos que no son ni filosofía del Derecho, ni poesía, ni pintura, ni música, sino que son, por ejemplo, cavar en un socavón de una mina, o cargar ladrillos o destapar cañerías, y creo que no podemos pretender que haya una vocación para cada una de estas tareas. Claro que "realizar la vocación", o sea obtener una paga por lo que nos gusta hacer, depende en mucho de cada uno, pero el problema lo plantea la gran cantidad de personas, la mayoría, que van a tener que arrastrar perpetuamente un divorcio entre lo que quieren hacer y lo que en definitiva hacen, por la sencilla razón de que sólo un pequeño número, entre la infinidad de tareas sociales posibles, son tareas que "despiertan vocación" o, lo que es lo mismo, que la gente quiere realizar. Por estas razones el trabajo resulta, en general, algo desagradable sin necesidad de llegar a los casos del trabajo pesado. Basta que tengamos que hacer lo que no queremos para que esa tarea resulte una carga tediosa, y eso es lo que le sucede a la mayoría. Agraciada es la vida de aquellos a los cuales se les retribuye por hacer lo que les gusta, pero son casos prácticamente de excepción. Por lo general, la sociedad asigna a cada uno una tarea que dista de la que hubiéramos elegido. Y la sociedad reconoce a cada uno como miembro de ella por la realización asignada, con independencia de que coincida o no con la tarea deseada. A esa tarea que incorpora un esfuerzo a la sociedad la llamamos trabajo, también prescindiendo de que sea o no realizada "vocacionalmente".

Este aspecto del trabajo colabora para que el trabajador se "aliene" en su trabajo. Marx señaló el carácter alienante del trabajo, pero si bien es así, no creo que ello resulte exclusivamente de una estructura social desigualitaria en la que hay opresores y oprimidos, como creía Marx, sino porque el trabajo es alienante en sí mismo. No hay ni puede haber una sociedad en la cual cada uno haga lo que quiere. Marx en esto se equivocó. Él vaticinó que cuando se llegase al comunismo, y por ende, no hubiere más clases sociales, cada uno iba a liberarse de esa alienación del trabajo porque iba a hacer lo que más le gustara, ya fuera pescar por la mañana, tallar a la tarde o hacer poemas por la noche. Pero, a poco que observemos, se advierte que la sociedad contemporánea no nos conduce a eso, sino que por el contrario hay un grado y exigencia de especialización tal, que cada día es más necesario que cada uno realice (para la sociedad) un solo tipo de tarea.

Examinemos ahora cuáles son las notas que definen al trabajo en cuanto tal. Uno de los asistentes acaba de sostener que, partiendo de la actividad humana en general, que es comprensiva de todo lo que hace el hombre, sea o no trabajo, lo que define al trabajo como especie dentro de ese género es lo siguiente: 1°) el trabajo tiene que ser alienante; 2°) debe hacerse en sociedad; 3°) debe ser creativo. En principio podemos aceptar estos tres caracteres, pero es necesario precisar qué entendemos con cada uno de ellos. Por alienante debe entenderse toda actividad que el hombre da a la sociedad, pero no necesariamente a aquella actividad con la cual el hombre se desmedra y se enajena, porque hay casos en los que uno puede realizarse en virtud del trabajo que realiza. Pero como la palabra "alienante" está cargada de ese sentido peyorativo, yo la reemplazaría por la expresión: "el trabajo es actividad que se da a la sociedad". Con ella estaría implícito el segundo requisito, puesto que para dar mi actividad a la sociedad, de alguna manera tengo que estar en contacto o comprendido por ella. El tercer requisito, el ser creativo, quizá deba ser excluido. Tengamos presente que hay trabajos rutinarios, en ellos no podría hablarse de "creación" en sentido estricto. Si se entiende "creación" por "transformación" tropezamos con otro escollo, esta clase que yo estoy dando sólo produce ruidos y sólo en ese aspecto transforma al medio ambiente, pero mi trabajo no consiste en esa transformación. Creo que basta con que la sociedad reconozca que el hombre le ha dado algo en su actividad. Con ello evitamos las dificultades que plantea el uso de términos como "creación", "modificación", "utilidad", etcétera. Si alguien realiza una actividad que entrega o da a la sociedad y ésta no se lo reconoce de ninguna forma, no podemos hablar de trabajo, por importante que esa actividad resulte. Después de esta crítica a los caracteres propuestos, nos quedamos con la siguiente definición de trabajo: "es todo lo que el hombre hace para la sociedad y ésta se lo reconoce con cualquier género de contraprestación".

Dentro de esta definición está incluida la noción de "utilidad" como carácter del trabajo, pero tomada sólo como reconocimiento social. Sin ningún tipo de alusión axiológica. En este sentido un trabajo es útil si la sociedad lo retribuye de alguna manera. Así, si hay una retribución para el profesor de bridge, su actividad es "útil" en esta acepción restringida; por el contrario, si la labor de un investigador no es retribuida de ninguna manera e incluso es ignorada, su tarea no será "trabajo" estrictamente por la ausencia del reconocimiento social. Sólo si usamos el término "utilidad" de esta manera, que nada agrega ni quita a la expresión "reconocimiento social", resulta aceptable que lo incluyamos como carácter del trabajo.

20.2. La justicia

20.2.1. El sentimiento de lo justo: carácter absoluto de la justicia, distinto del interés y de la norma

Ya adelantamos que la justicia es, en la concepción de Cossio, el valor que armoniza y da su lugar a los seis valores jurídicos parciales. Pero antes de examinar en detalle ese papel de la justicia tenemos que hacer algunas consideraciones sobre ella.

El necesario punto de partida para la elaboración doctrinaria de la justicia debe ser el sentimiento de lo justo y de lo injusto. Ese sentimiento es el acto merced al cual tenemos acceso a la justicia. Recordemos aquí que yo no comparto la terminología que habla de una "intuición emocional" en la cual se darían de presencia a la conciencia los valores y, entre ellos, la justicia. Creo que lo que se da de presencia es siempre el bien y no el valor. En nuestro caso se da de presencia la conducta justa o injusta.

Accedamos a la justicia por vía de un ejemplo singular. Imaginemos un caso en el cual todas las circunstancias son exactamente iguales, menos aquello que nos interesa a los fines de ver la justicia o la injusticia del caso: un padre tiene que repartir una torta entre dos hijos iguales, mellizos, igualmente hambrientos y golosos, con igual educación e iguales méritos. Si al hacer el reparto da a ambos pedazos iguales su acto será justo, si da a uno un trozo mayor que al otro su acto será injusto. Por lo tanto, vemos que en el acto de hacer justicia aparecen intereses encontrados, cada hijo tiene un interés contrario al del otro; frente a estos intereses encontrados el acto del padre impondrá justicia o injusticia.

También advertimos que la justicia no se confunde con la satisfacción de esos intereses. Veamos esto haciendo el paralelo de dos casos: el padre "A" tiene un paquete con diez caramelos para repartirlos entre sus dos hijos, y el padre "B" tiene un paquete con cien caramelos para el mismo fin. Supongamos que el padre "A" da cinco caramelos a cada uno de sus hijos, mientras que el padre "B" da veinte a uno y ochenta al otro. En el primer caso habrá un acto de justicia, en el segundo uno de injusticia, aunque es notorio que el chico de "B" que recibe veinte caramelos está en una mejor situación que cualquiera de los hijos de "A" que han recibido sólo cinco. No obstante que su situación es objetivamente superior, él ha sufrido un acto de injusticia, mientras que los hijos de "A" han gozado de un acto de justicia. Este mismo ejemplo puede proyectarse a la situación social: un país puede ser muy rico y hacer un reparto de su producto bruto en una forma injusta; no obstante esa injusticia, puede ser que el que menos recibe en el país rico reciba más de lo que recibiría en un país mucho más pobre pero cuyo reparto es justo. Esta circunstancia no afecta en absoluto a lo injusto de la situación que se vive en el primer país, frente a la justicia que se actualiza en el segundo. Esto muestra que la justicia es un valor espiritual que no se puede confundir con la satisfacción de intereses.

Advertimos también que el sentimiento de justicia tiene un carácter absoluto y se presenta cuando nos colocamos en el papel de jueces. Para señalar un acto como justo o como injusto, consciente o inconscientemente nos tenemos que colocar en la situación de juez, y si en ese lugar nosotros hacemos el reparto o adoptamos la solución apropiada, decimos que el acto es justo; si consideramos que hubiéramos hecho algo diferente, criticamos el acto como injusto. Así, para decidir si una sentencia judicial es o no justa nos tenemos que colocar en un punto de vista desde el cual juzgaremos la conducta del juez. Todo juicio afirmando la justicia o injusticia de un acto implica siempre una posición de juez o, incluso, de juez de jueces.

Otra cosa que debe tenerse en cuenta es que la justicia no se confunde con el cumplimiento de la norma. Supongamos que un padre dice a sus dos hijos: el que se suba al árbol será castigado. Si uno de los chicos sube al árbol y el padre lo castiga, y el otro también sube pero el padre no lo castiga, habrá habido un acto de injusticia del padre, y puede inducirse erróneamente que la justicia radica en el incumplimiento que el padre ha hecho de la norma que formulara. Pero no es así, puesto que si ambos chicos trepan al árbol y el padre no castiga a ninguno de los dos tendremos un acto más justo, aunque la norma ha sido violada dos veces. Esto debe tenerse bien en claro porque en cierta nomenclatura de Santo Tomás de Aquino aparece un tipo de justicia denominado "justicia legal", que no es otra cosa que el cumplimiento de las normas.

20.2.2. Delimitación del tema de la justicia: no es un fin, no es una virtud

La justicia no es un fin. Suele decirse que la justicia es el fin al que tiende el Derecho. Si con esta afirmación trata de expresarse el obvio anhelo de que el Derecho ha de ser (positivamente) justo, es claro que la exigencia es correcta, pero no cabe decir lo mismo de la expresión. Hemos visto, en efecto, que toda acción implica una elección de *fines* y, por consiguiente, la aceptación del *valor* de los fines elegidos, valorados. De modo que una cosa es el *fin* y otra el *valor del fin*. El *fin* es una situación propuesta a nuestra libertad como *término de llegada*, situación a la que se llega efectivamente cuando el fin se realiza; al *valor*, por el contrario, *no se llega nunca*, por más que el valor esté dando siempre sentido a la conducta. Un *fin* es un *estado* al que se llega y que, una vez alcanzado, es preciso abandonar, ya que la libertad creadora de la vida no puede dete-

nerse. Un fin determina un futuro. Un *valor*, en cambio, no es un estado: es una *cualidad* que puede realizarse más o menos pero nunca llega, por el contrario, abre a la existencia humana el futuro in-determinado [7].

Las utopías consisten, precisamente, en presentar a la justicia como un fin que se va a alcanzar en un momento dado de la historia, y de ahí en más, no habrá más injusticia sobre la Tierra. Ciertas interpretaciones del marxismo, por ejemplo, pronostican el advenimiento de la sociedad sin clases en virtud de la cual se alcanzaría, de una vez para siempre, la justicia entre los hombres. Lo que sucede en realidad es que la historia no se detiene, y una vez que se logra un fin aparecen nuevos fines y la justicia va a estar jugando en la prosecución de cada fin perseguido. Esto se comprendió desde San Agustín: él sostenía que la justicia no se iba a alcanzar nunca en la Tierra, y tenía razón, porque la justicia está fuera de las posibilidades de ser alcanzada por la historia humana ya que no es un fin.

La justicia no es una virtud. En los ejemplos que hemos puesto no hemos centrado nuestra atención en la *situación subjetiva* del hombre justo, decisiva para la moral, sino en la *situación objetiva* misma, constitutiva de la justicia. No pretendemos con ello negar que exista la virtud (moral) de hacer justicia y que, merced a su práctica, pueda un hombre ganar merecidamente el apelativo de justo. Pero no es esta virtud moral la que nos interesa, pues resulta evidente que *sin una previa noción objetiva de la justicia, que es la que buscamos, no tiene sentido hablar de la voluntad de hacer justicia, propia del justo.* Llevando nuestra argumentación a la clásica definición romana de la justicia (*constans et perpetua volutas suum cuique tribuendi* [8]), diríamos que en esta definición no nos interesa la referencia a una voluntad ni el hecho de que ésta sea constante y perpetua, sino simplemente el fragmento en que se alude al *dar a cada uno lo suyo.*

La argumentación anterior apenas parece necesaria. Sin embargo, la tesis de la justicia-virtud suele sostenerse para hablar de la justicia "en sentido subjetivo", por los que defienden concepciones tradicionales. Y si a ello se añade el poderoso influjo de la teoría platónica sobre la justicia universal como virtud, que sedujo al mismo Aristóteles, a Santo Tomás, y a todo el pensamiento occidental hasta el siglo XIX, llevándolos a hablar de la justicia en términos morales, se comprenderá la importancia que tiene, para evitar esta confusión, insistir en la sustantividad o autonomía del valor justicia frente a las virtudes morales [9].

[7] El futuro indeterminado, abierto por el valor, no tiene otro límite que el horizonte de la muerte. De aquí que, según Carlos Cossio, el valor es una *categoría de futuridad* de la plenaria existencia humana (COSSIO, C., *La Teoría*..., cit., págs. 240, 311, 564 y 758).

[8] *Digesto*, I, 1, 10; *Instituta*, I, 1; definición de Ulpiano recogida por Santo Tomás, que contiene lo esencial de la teoría tradicional sobre la justicia y puede considerarse clásica.

La justicia es un valor social o bilateral. Ya hemos explicado que tanto el Derecho como la moral importan valoraciones de la conducta. Pero mientras en el plano moral juega una valoración subjetiva, unilateral, la valoración jurídica atiende a conductas en interferencia intersubjetiva. Sólo ante situaciones de convivencia tiene sentido hablar de justicia o injusticia: la justicia —y los otros valores que interesan al Derecho— son, valores, así, "sociales", valores de coexistencia, "valores de comunidad".

Todo esto hace ver que la difundida expresión "justicia social" adolece de cierta ambigüedad, pues puede llevar a pensar que se trata de una especie de justicia, como si fuera pensable alguna justicia que no fuera social. El equívoco se aclara no bien se advierte que con la referida expresión no se alude actualmente a una especie dentro del concepto genérico de justicia, sino a una manera concreta de realizarla en la comunidad, consistente en dar más a los que tienen menos, sin perjuicio, es claro, de los deberes que todos —pudientes o no— tienen para con la comunidad.

La justicia es el valor jurídico supremo y central, pero no es el único valor jurídico. La tarea de desentrañar y analizar en detalle los valores jurídicos constituye la misión específica de la *estimativa jurídica*, considerada como una rama de la teoría general de los valores. No hemos de detenernos en los difíciles problemas que plantea, pero tampoco es posible dejar de decir algo más a su respecto, aunque sólo sea a título de guía u orientación.

La justicia es, sin disputa, el supremo valor jurídico, y como tal ha sido tenido desde antiguo. Pero las dificultades comienzan tan pronto como se quiere definirla. Sin embargo, si tomamos a Aristóteles como punto de partida y recorremos veinticinco siglos en la historia del pensamiento, notaremos una constante exigencia de igualdad, de proporcionalidad y armonía. Puede decirse que todavía no ha sido rectificada la vieja definición de Ulpiano, en cuanto la vinculaba a la necesidad de dar a cada uno lo suyo. Pero, es claro, las dificultades comienzan no bien se trata de determinar, en concreto, qué es lo suyo que corresponde a cada uno.

[9] La creencia platónica de que la justicia pertenecía al orbe de lo moral estaba tan arraigada en todos los espíritus que, cuando en el siglo XIX los juristas prentenden deslindar el objeto de su ciencia sin impurezas, junto con la moral expulsaron del mismo a la justicia.

20.3. ELABORACIÓN HISTÓRICA DE LA DOCTRINA SOBRE LA JUSTICIA

Una completa revista crítica de la doctrina de la justicia exigiría, por cierto, la revisión de los diversos sistemas éticos, ya que en ellos la justicia aparece generalmente tratada como un capítulo de la moral, lo que es erróneo, por más que es indudable que son sustancialmente correlativos los argumentos en una y otra rama de la ética. En la imposibilidad de realizar aquí un desarrollo semejante, nos limitaremos a reseñar los momentos capitales de la teoría de la justicia a partir de Platón, el eminente discípulo de Sócrates. Cabe señalar, además, que no han faltado, aun desde antiguo, aquellos que han negado la posibilidad de resolver el problema. A tal punto es así, que Platón desarrolla su teoría de la justicia en polémica con los sofistas, que equiparaban, en general, la justicia al arbitrio o la fuerza, deduciendo de ello consecuencias escépticas [10].

La misma mudanza de las instituciones y los ordenamientos jurídicos en los pueblos y en la historia, al poner en relieve el carácter histórico, mudable y contingente del Derecho, así como ha llevado a algunos al escepticismo, ha sido para otros poderoso acicate en la búsqueda de un criterio absoluto e ideal del Derecho, independientemente de su sanción positiva: la cuestión acerca de la idea de justicia absoluta se mantiene siempre como un denominador común del pensamiento filosófico y político, no siendo de extrañar, pues, que entre los temas iusfilosóficos, el de la justicia haya sido el primero en aparecer históricamente y que la indagación sobre la justicia —con el nombre de *derecho natural, derecho racional, derecho ideal o derecho justo*— haya ejercido, pese a sus enormes dificultades teóricas, una vasta y profunda influencia en el pensamiento y las instituciones de Occidente.

Veamos, pues, sumariamente, las principales doctrinas:

20.3.1. Platón

Platón trata metódicamente el tema de la justicia en los libros II, III y IV de los diálogos sobre la "República". Dialogando con Glaucón, él propone como método para acceder al tema de la justicia examinar cómo aparece ésta en la ciudad para luego, por analogía, determinar en qué consiste la justicia como atributo del hombre [11]. Esta concepción ve a la justicia simultáneamente como virtud del Estado y como virtud individual.

Según Platón, la justicia en el Estado es un equilibrio entre los distintos estamentos que lo integran. Estos estamentos son tres: los *sabios*, a quienes corresponde el gobierno y dirección de la cosa pública; los *guerreros* o *guardianes*, quienes "guardan la ciudad de los enemigos exteriores y de los falsos amigos interiores, quitando a unos el poder de hacer mal y a otros la voluntad de infligirlo"; y, por último, los *trabajadores* o *artesanos*, quienes deben trabajar para sostener la ciudad. La virtud propia de los sabios es la sabiduría o prudencia; la de los guerreros, la valentía y la de los artesanos, la templanza. Como la justicia se va a dar en el Estado en el cual cada uno de estos estamentos realice su tarea específica de acuerdo con su correspondiente virtud, aquélla va a consistir en la armonía o equilibrio entre la prudencia, el valor y la templanza.

Lo mismo que hemos visto respecto del Estado puede verse —según Platón— en cada individuo en particular. Y ello es así porque, ¿de dónde llegarían al Estado las virtudes sino de los individuos que lo integran? No habría ninguna característica del Estado que no haya "pasado del individuo a la ciudad". Las tres funciones del alma que se corresponden con los estamentos del Estado son: la *inteligencia*, la *voluntad* y los *sentidos*. La virtud propia de la inteligencia es la sabiduría; la virtud de la voluntad es el valor, y la virtud de los sentidos es la templanza. Y la justicia es también para el individuo la armonía o equilibrio entre estas tres virtudes. El hombre justo es el que tiene intrínseca y armónicamente la sabiduría, la templanza y el valor.

La *justicia*, es en cambio, una suerte de virtud *formal*, pero suprema, que se supraordina a las demás virtudes de contenido material, estableciendo entre ellas una *relación armónica*, al imponer que cada facultad

[10] Cfr. DEL VECCHIO, Giorgio, *La Justicia*, Buenos Aires, 1952, pág. 25, donde se señala que, pese a ese argumento general, existen diferencias bastante notables en el pensamiento de cada uno de ellos. Entre los sofistas escépticos podemos señalar a Arquelao y Trasímaco. En la época moderna podemos citar entre los escépticos a Montaigne y Pascal. A este último pertenece el siguiente pasaje: *"La justice, l'homme l'ignore, on ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés élévation du Pole renversent toute la jurisprudence. Plaisante justice qu'une rivière borne! Verité au deçà des Pyrénées, erreur au delà"* (PASCAL, Blaise, *Pensées*, Brunschvicg, frag. 294).

[11] "—Si admites una justicia para el individuo, ¿no admites también otra justicia para la ciudad entera?
—Desde luego —dijo Glaucón.
—¿Y no es acaso una ciudad más grande que un individuo?
—Más grande —contestó.
—Por consiguiente, la justicia pudiera muy bien encontrarse allí en caracteres más grandes y más fáciles de discernir. Entonces, si os parece bien examinaremos cuál es la justicia en las ciudades, y después la estudiaremos en cada individuo, tratando de descubrir la semejanza con la grande en los rasgos de la pequeña", PLATÓN, *La República*, 368 e, y 369 a, *Obras Completas*, T. VII, versión castellana, de Patricio de Azcárate, Madrid, 1872.

del individuo y cada clase social debe cumplir con su virtud específica. La justicia es, así, la salud del alma, el camino para el recto vivir, para la felicidad, tanto del individuo como del Estado.

Para Platón, la justicia resplandecerá plenamente en el Estado cuando los sabios lleguen a gobernantes, o los gobernantes sean sabios. Al Estado incumbe una función de educador; tiene por fin la felicidad de todos, mediante la virtud de todos, a cuyos efectos el Estado dispone de un poder ilimitado: nada queda reservado al arbitrio de los ciudadanos. Con estas tesis culmina, sin duda, la concepción racionalista intelectualista —histórica, en suma—, que informa a *La República*.

20.3.2. Aristóteles

Aristóteles desarrolla el tema de la ética en general y de la justicia en particular en su *Ética Nicomaquea, Ética Eudemiana, Gran Ética* y el *Tratado de las Virtudes y los Vicios*. En esos trabajos da dos conceptos diferentes de lo que la justicia es. En uno de ellos la ve, al igual que Platón, como una virtud individual, pero con la variante del "término medio". Así la justicia como virtud es el término medio entre el exceso y el defecto. El otro concepto de justicia involucra a los demás —a los otros hombres— dejando de ser una virtud exclusivamente individual. "La justicia, vista en nuestro trato con otro, no puede ser simplemente ser justo uno en sí mismo. Y éste es el principio de (la) justicia social..." [12].

Examinemos ambos conceptos separadamente. Para determinar qué es lo que debe hacerse, cuáles son las verdaderas virtudes, Aristóteles acude a "la recta disposición del alma", y esta "recta disposición" decide racionalmente que ni el exceso ni el defecto son virtudes, por lo cual la verdadera virtud estará siempre en el "término medio", en el justo medio que se encuentra entre los extremos. Antes de criticar esta concepción aristotélica veamos algunos ejemplos que propone para ilustrarla:

Extremo por defecto	Punto medio	Extremo por exceso
insensibilidad para el placer	templanza	libertinaje
incapacidad de irritarse	mansedumbre	irascibilidad
avaricia	liberalidad	prodigalidad
pusilanimidad	magnanimidad	soberbia
cobardía	valentía	temeridad

[12] ARISTÓTELES, *Gran Ética*, Cap. XXXIII.

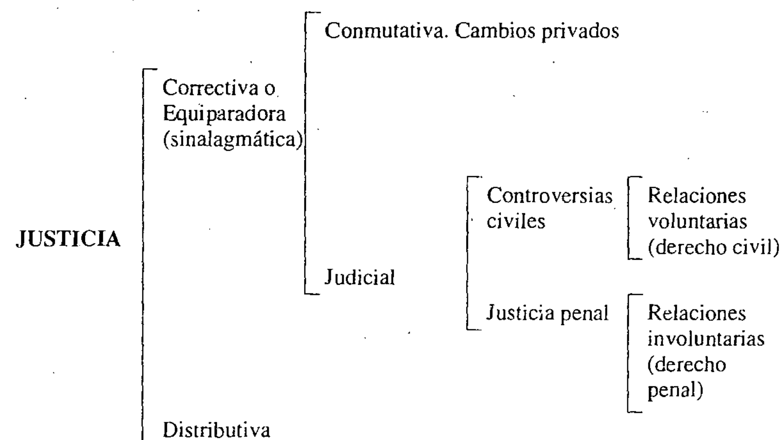
De este modo, la justicia considerada individualmente consiste en adoptar siempre la posición del punto medio rechazando todo defecto o exceso. Pero si pensamos un poco esta concepción aristotélica advertimos que es un puro verbalismo. Ella presenta una única opción entre lo mucho y lo poco que no deja lugar para los matices. Y es frente a esos matices donde se ejercerá la opción. Como no hay un procedimiento matemático que nos permita encontrar el "justo punto medio", va a depender del punto de vista que adoptemos el que lleguemos a uno u otro "punto medio". Tomemos como ejemplo el valor. Si el extremo por defecto es la cobardía y el extremo por exceso es la temeridad, el punto medio, ¿será la prudencia, que aconseja obrar con astucia? ¿o la valentía, que implica asumir una mayor dosis de riesgo personal? Ulises, por ejemplo, es un héroe que realiza más la prudencia que el mero valor o coraje; en cambio, Héctor realiza más el coraje que la prudencia. ¿Cuál de ellos está ubicado en el "término medio"? Con la administración del dinero sucede lo mismo: entre la avaricia y la prodigalidad están la generosidad y el carácter ahorrativo ¿Cuál de ellos es el "justo medio"? Si queremos un cuadro más real de las posibilidades que se presentan tenemos que hacer el siguiente:

Extremo por defecto	Punto justo		Extremo por exceso
cobardía	prudencia	valentía	temeridad
avaricia	ahorro	generosidad	prodigalidad

Se comprende que no es posible determinar con certeza cuál es el "término medio". Y es razonable que así sea porque la realidad presenta siempre una riqueza de matices y posibilidades intermedias que no pueden reducirse a un "justo medio". La falacia de esta concepción se asienta en que, en lugar de tomarse un estricto punto de vista gnoseológico se hace trampa y se parte de un punto de vista valorativo: se toma de antemano una virtud —la generosidad, p. ej.— y se la ubica como punto medio de dos extremos. Esta teoría resulta ser inútil para determinar cuál es el punto medio puesto que, para construirla, se ha partido de ciertas virtudes consideradas por anticipado puntos medios. Aristóteles dio así una solución elegante pero puramente verbal, o sea, una falsa solución.

Pero lo importante del aporte aristotélico no está en esta doctrina de la justicia como virtud total, sino en el concepto de la justicia "social" (o sea, como virtud particular). En ella se hace referencia al otro, y esto implica ya la nota de alteridad que, como hemos visto, define al conjunto de valores jurídicos. Atendiendo a esta nota de alteridad Aristóteles señala la *justicia distributiva y la justicia sinalagmática* (cfr. pto. 9.2.2.).

El sistema aristotélico puede ser sintetizado en el siguiente esquema:



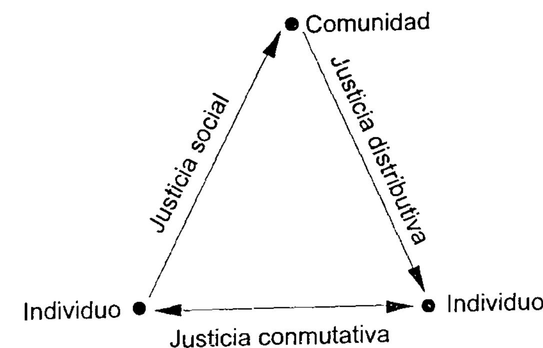
20.3.3. Ulpiano

Si bien los romanos no teorizaron especialmente sobre la justicia, a su genio jurídico debemos, además de numerosas aplicaciones concretas, la elaboración de la doctrina conexa sobre el Derecho Natural, *ius naturale*, válido independientemente de toda sanción legislativa, y superior, como tal, al *ius civile* y al *ius gentium*. También al genio romano se debe la concreción de principios, difusos en Aristóteles, en una famosa definición de la justicia que ha constituido el inevitable punto de partida (y a veces de llegada) de toda la elaboración occidental posterior: se trata de la famosa definición de Ulpiano ya citada: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, en la que se destaca, con preclaro brillo, el núcleo del *suum cuique* (*a cada uno lo suyo*). Lamentablemente, los romanos no pusieron el acento en las notas de alteridad y de igualdad, propias de la *justicia particular*, de Aristóteles, y estuvieron más influidos por la *justicia universal*, que veía en la justicia una *virtud moral*, tal como lo pone de manifiesto la referencia a la voluntad contenida en la referida definición. Análoga derivación se advierte en la ya citada enunciación de los preceptos del Derecho que hace el mismo Ulpiano —*honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*—, de los cuales el primero presenta un indudable carácter moral.

20.3.4. Santo Tomás

Al santo de Aquino (1225-1274) debemos una importante exposición, interpretación y complementación de la doctrina de Aristóteles. El doctor Angélico acepta y destaca, en su célebre *Suma Teológica*, la nota de *alteridad* y el núcleo de *igualdad*, que caracteriza a la justicia particular aristotélica, y reproduce sin variantes la definición de Ulpiano. Observando la división en especies del filósofo de Estagira, advierte Santo Tomás que la justicia *distributiva* es aquella que es debida por la comunidad a sus miembros, y que la *sinalagmática* (que él denomina simplemente *conmutativa*) es la que los particulares se deben entre ellos. De acuerdo con este principio de división, aceptado por Santo Tomás, aparece la necesidad de destacar una tercera especie: aquello que todos los miembros —ricos y pobres— deben a la comunidad, lo que constituye el aporte del doctor Angélico, con el nombre de *justicia social, general* o *legal*.

Hasta aquí, podría considerarse que la teoría tomista es un claro y coherente desarrollo de la *justicia particular* aristotélica, que puede representarse esquemáticamente así, de acuerdo con un esquema formulado por Carlos Cossio.



Pero a pesar de haber formulado esta importante contribución, el santo de Aquino termina concibiendo su *justicia social, general* o *legal* como una *virtud*, así asimilada a la virtud general o total de Platón y de Aristóteles. De tal modo se empequeñece el notable reconocimiento de la alteridad, se engloba al Derecho en el orden moral y se traba el desarrollo autónomo de la ciencia y la filosofía jurídicas. En suma: para Santo Tomás la *justicia social, general* o *legal* es la virtud que tiende directamente al bien común, ordenando la conducta de las partes en relación a lo que

deben al todo (la comunidad). La *justicia particular* (que puede ser conmutativa o distributiva) tiende directamente al bien de los particulares e indirectamente al bien común. Si en el caso de la justicia particular la relación se produce entre individuos, tenemos la justicia *conmutativa*; si, en cambio, el sujeto de la relación es la comunidad, tenemos la justicia *distributiva*.

Como reparo a la tesis tomista, cabe señalar que, además de mantenerse la vieja concepción platónica de la justicia como virtud —según ya lo señaláramos—, *no destaca suficientemente que, en rigor, toda verdadera justicia no puede menos que ser social, general*, atento a la naturaleza coexistencial del hombre. Para concebir a la justicia social como una especie completamente aparte, se hace menester concebir hipostáticamente a la comunidad como un ente diferente de los individuos que la componen.

20.3.5. La escuela clásica del Derecho Natural (Grocio, Tomasio, etc.)

Esta escuela creyó resolver la cuestión sobre la justicia elaborando racionalmente, como suprema expresión de la misma, *códigos ideales* con validez absoluta, para lo cual partía de la base de que ese Derecho Natural existiría aunque no existiera Dios: era el que respondía a las exigencias de la *naturaleza humana*, pero entendida no como esencia normativa, como un *deber* ser, sino como un *ser, como un hecho*. Así, para Grocio el atributo esencial de la naturaleza humana era el instinto societario (*apetitus societatis*), para Puffendorf el sentimiento de debilidad (*imbecilitas*), para Tomasio el afán de dicha, para Hobbes el egoísmo. No comprendieron estos autores que las aspiraciones, impulsos y deseos concretos nunca pueden dar un criterio absoluto de justicia y que un Derecho Natural que regule deseos y aspiraciones concretas tiene su validez condicionada a la contingencia de dicho ingrediente empírico, cosa que advirtió, en cambio, la versión teológica del iusnaturalismo (Santo Tomás, Suárez).

20.3.6. Kant

Aunque Kant no haya ahondado especialmente en el estudio de la justicia, a su filosofía práctica o ética somos deudores de apartes de importancia excepcional, que conviene aquí tener en cuenta: 1) la radicación de toda ética en la *voluntad*, en el obrar *humano* (y no en un sistema de fines o bienes trascendentes al hombre); 2) la afirmación de la *libertad* (aunque sea como postulado) para hacer inteligible cualquier sistema ético; 3) la afirmación de que el atributo esencial de la naturaleza humana no es empírico-histórico (como en la escuela clásica de Derecho Natural), sino *ideal, regulativo*: es la *razón*; 4) la noción del *hombre como fin en sí*, noción que, aunque Kant pretende deducirla de los postulados puramente *formales* a los que trata de circunscribir su ética, implica, según ha destacado ampliamente la crítica, todo un verdadero *contenido material*. Si a ello se agrega la noción que de lo jurídico nos daba ya Kant y su imperativo o *principio ético* (actúa de tal modo que el móvil de tu acción pueda ser erigido en norma universal), tendremos que reconocer la importancia de su aporte al tema de la justicia [13].

20.3.7. Historicismo y positivismo jurídico

La escuela histórica del Derecho combatió la idea iusnaturalista que animaba a las escuelas clásica y racional y centró en la historia del derecho positivo, tal como se da en los pueblos, el objeto de los estudios jurídicos. Este desinterés por el tema de axiología pura que entraña la justicia fue aún más manifiesto en el positivismo jurídico, que heredó en los siglos XIX y XX el lugar de preeminencia.

20.3.8. Rudolf Stammler (1856-1938)

El restaurador moderno de la filosofía del Derecho replanteó los temas de la misma sobre la base de la distinción kantiana entre *concepto e idea* [14], y le introdujo importantes aportes personales.

Él siguió la corriente neokantiana de la escuela de Marburgo en su desarrollo de la doctrina de la justicia. La escuela neokantiana se caracteriza por prescindir del objeto quedándose únicamente con el concepto que lo menta. Del mismo modo, Stammler reduce el problema de la filosofía del Derecho a dos únicos problemas: el concepto del Derecho, que va a permitir distinguir lo que el Derecho es de aquello que no lo es; y la idea del Derecho que, aproximadamente, consiste en el tema de la justicia. Él no ve a la justicia como un valor porque la teoría de los valores no se había desarrollado en el tiempo en el que realizó sus investigaciones, y a lo poco que podría haber recurrido sobre el tema quedó completamente de lado, por lo que prefirió seguir estrictamente una vía neokantiana.

Sostiene Stammler que *en el campo jurídico es menester distinguir* cuidadosamente la *filosofía jurídica* de la *ciencia del Derecho*. Mientras

[13] Cfr. DEL VECCHIO, G., *La Justicia*, cit., págs. 37-38; COSSIO, C., *Panorama...*, cit., pág. 85. Ver Cap. 10.8.

[14] Ver Cap. 9, donde se explica la filosofía de Kant, antecedente indispensable para comprender el neocriticismo de Stammler.

esta última se ocupa de reproducir y ordenar los datos que le suministran dogmáticamente los ordenamientos jurídicos positivos, la filosofía del Derecho tiene por contenido todo aquello que dentro del campo jurídico puede ser afirmado con absoluta universalidad [15]. En otros términos, ajustándonos a la distinción kantiana entre forma y materia, cabe decir que mientras compete a la ciencia jurídica ocuparse de contenidos materiales, contingentes, incumbe a la filosofía del Derecho estudiar el "*sistema de formas puras* que envuelven nuestras nociones jurídicas" [16]. Según Stammler, para hallar estas formas puras de lo jurídico es inútil emplear un método inductivo que acude a la experiencia procurando desentrañar de los fenómenos jurídicos sus caracteres comunes En efecto, al calificarse como jurídicos ciertos datos se da por supuesto, precisamente, un concepto acerca de la juridicidad de dichos datos, cosa que es precisamente el objeto de la investigación [17]. El método adecuado para hallar las formas puras que se dan en todo dato jurídico es el *método crítico*, de inspiración kantiana, que aspira a desentrañar, por medio del análisis de los datos jurídicos, por una parte sus elementos materiales, contingentes, y por la otra sus elementos formales, necesarios, *a priori* [18]. La clave del método crítico consiste, pues, en la separación entre *forma* y *materia* [19].

El método crítico, en la versión neokantiana que de él da Stammler, cree posible indagar los problemas fundamentales de la filosofía jurídica mediante un puro análisis del pensar jurídico —una suerte de introspección crítica— que no admite la necesidad de tomar contacto directo, por intuición, con el objeto del pensar, con el Derecho tal como se da en la experiencia.

En suma: la filosofía jurídica tiene por objeto nociones necesarias, universales, *a priori*. Estas nociones son formas puras y, puesto que se ha desechado la intuición, formas puras del pensamiento. Estas formas puras y universales del pensamiento jurídico se indagan merced a un método crítico y son dos: el concepto del Derecho y la idea del mismo. La filosofía del Derecho tiene por misión exclusiva, en consecuencia, indagar ésas dos formas puras del pensar jurídico: el concepto y la idea del Derecho.

[15] STAMMLER, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1930, pág. 1.

[16] STAMMLER, R., *Tratado...*, cit., págs. 1, 2, 5, 6, etc. Aparece, sin embargo, contradictorio con este afán de atenerse a las formas puras, la circunstancia de que Stammler se ocupe, dentro de su filosofía del Derecho, del problema de la "génesis del Derecho" (págs. 3, 19 en nota, 123-207).

[17] STAMMLER, R., *Tratado...*, cit., pág. 63.

[18] *Ibidem*, pág. 12 y nota.

[19] La distinción entre *materia y forma* ya había sido introducida en la ciencia jurídica por obra de Hugo y Savigny. Ver Cap. 9, Kant. Añadamos acá que para el neocriticismo de Marburgo las *formas* se reducen a *formas del pensamiento* (conceptos puros e ideas), desapareciendo así las *formas de intuición*.

i) Doctrina del concepto del Derecho

El primer tema de la filosofía jurídica no puede ser otro que la determinación del *concepto* del Derecho, que nos permite distinguirlo de otros datos —tales como la moral, las reglas convencionales, los actos arbitrarios— que pueden confundirse con él. En este orden de cosas, Stammler sostiene que lo primero es advertir que el Derecho no puede ser concebido o conocido bajo la forma de la ley de causalidad, porque no pertenece al reino de la naturaleza en el que el presente aparece siempre determinado por el pasado, sino al reino de la teología, del finalismo o, en otros términos, del querer. Con esta equívoca expresión —querer— alude Stammler a la peculiar estructura mental con que se aprehenden los objetos, no ya como efectos de causas naturales anteriores en el tiempo, sino como medios para la obtención de fines situados en el futuro. Ahora bien, el *querer* (o voluntad, o regla de finalidad) puede ser de dos clases: a) regla referida a la ordenación de la conciencia, a la vida interior del individuo considerándolo aislado, en sí mismo, en cuyo caso tenemos la mora; b) regla referida a los fines de los diversos hombres, puestos en relación de condicionamiento mutuo y recíproco, esto es regla o querer *entrelazante*, vinculatorio, teleología social: dentro de esta categoría cae el Derecho, pero también los convencionalismos o usos sociales y la arbitrariedad, por lo que urge distinguirlo de estas otras dos manifestaciones de ordenación social. De los usos o convencionalismos sociales (etiqueta, urbanidad, etc.) se distingue en su diverso tipo de pretensión formal de validez; mientras que las reglas usuales o convencionales tan sólo invitan haciendo depender su validez de la aceptación por el sujeto, el Derecho se impone *autárquicamente*. De la arbitrariedad se diferencia en que ésta responde al capricho irregular y anárquico de quien la ejerce, al revés del Derecho que entraña una intención de regularidad y constituye una norma con sentido *inviolable*, invulnerable. Por consiguiente, define Stammler el Derecho como "querer entrelazante, autárquico e inviolable" [20].

[20] STAMMLER, R., *Tratado...*, cit., pág. 74. Pese a las críticas que formularemos más adelante a la concepción del iusfilósofo alemán, debemos admitir que aunque se equivocaba al teorizarlo —ya que para él la "voluntad" no era sino un método de ordenación, un ingrediente puramente conceptual—, se encontraba en verdad aludiendo al dato de la libertad, de la conducta humana, a la distinción entre naturaleza (ser) y la libertad (debe ser). Una alusión concreta a la libertad humana —así referida a través de las alambicadas

ii) Doctrina sobre la idea del Derecho

Stammler renueva las tradicionales meditaciones sobre la justicia a la luz de la doctrina kantiana sobre la distinción entre *concepto* e *idea* [21]. Sostiene nuestro autor que, además de indagar el concepto universal de lo jurídico que integra como tal todo dato jurídico empírico y que permite distinguir el Derecho del resto de la creación, corresponde a la filosofía del Derecho el estudio de la *idea* del Derecho, esto es, la justicia. Debe, por consiguiente, no sólo distinguirse adecuadamente el Derecho de lo que no lo es (concepto del Derecho), sino también saber si son legítimos, intrínseca y fundamentalmente, los dictados del querer investigados bajo el concepto del Derecho [22].

Recordemos que la idea emanaba del ejercicio de la razón fuera de los límites de la experiencia, por el uso incondicionado de la razón que reclama lo absoluto. Tengamos también presente que para Stammler el Derecho es un concepto, una categoría mental, que constituye un método de ordenación que es la voluntad, es decir, en cuanto se lo ve no como efecto de una causa, sino como medio para un fin. Pues bien, sobre dichas bases la idea del Derecho también aparecerá como una pura estructura mental necesaria. Solamente que, en lugar de ser una categoría del entendimiento, aplicable a la experiencia, será una pura estructura de la razón sin aplicación empírica, cuyo sentido, no obstante, se proyecta sobre toda experiencia real o posible. De acuerdo con lo expuesto nos dice Stammler que "la noción de justicia nace de la posibilidad de armonizar en nuestra mente de un modo absoluto todas las aspiraciones posibles... Esto es sólo una

construcciones stammlerianas— se encuentra en el siguiente pasaje en forma mucho más directa: "El criterio fundamental que separa decididamente el mundo de la *voluntad* del de la *percepción* es la facultad de *opción*, característica de todo *fin*. Fin no es sino un objeto que se aspira *a alcanzar*, y *medio*, una causa que se puede elegir" (*ibid.*, *op. cit.*, pág. 76). Si en el pasaje transcripto —cuyo subrayado corresponde a Stammler— acentuamos lo que se refiere a la elección, a la facultad de opción —que es el criterio fundamental que caracteriza a la *voluntad*— advertimos que nuestro autor roza el tema de la conducta, de la libertad humana, aunque por cierto lo alude en forma impropia.

[21] Acerca de la distinción entre concepto e idea, ver Cap. 9, sobre la filosofía de Kant. Recordemos que tanto el *concepto* como la *idea* se dan en la *actividad* del espíritu, a diferencia de la *intuición* que se da en pura *pasividad*. Pero mientras el *concepto* puro es *constituido* de toda noción empírica, la *idea es regulativa* y, como tal, se refiere no solamente a los objetos dados sino también a todos los objetos posibles aunque no están dados. La idea trasciende, pues, la realidad de los fenómenos en busca de lo absoluto e incondicionado. La idea, por lo tanto, nos muestra sólo una aspiración de la razón, pero nada nos dice sobre la realidad de los fenómenos.

[22] STAMMLER, R., *Tratado...*, cit., pág. 3; de ahora en adelante citaremos esta obra en el texto y entre paréntesis señalando la página a que se refiere la cita.

idea y como tal una noción abstracta, noción de totalidad de cuantos hechos son posibles en la vida humana... puede decirse que la idea es como la estrella polar que nos guía a través de la experiencia, sin que ella misma se pueda nunca presentar" (pág. 4). "Podrá demostrarse que una aspiración *es fundamentalmente* legítima cuando se logre armonizarla sin resistencia con la totalidad de cuantas aspiraciones son posibles" (pág. 209). Este punto de vista general desde el cual se armonizaban todas las aspiraciones posibles, constituye la noción de *voluntad pura* (pág. 211) [23]. Las aspiraciones reales de los hombres se encuentran todas ellas determinadas por los fines concretos que persiguen en su obrar, pero existe una profunda diferencia según la forma en que se ordenen esas aspiraciones, pues puede suceder que esa mira próxima perseguida constituya también su fin último, reputando lícitos todos los medios para alcanzarla; pero puede suceder, en cambio, que esa aspiración y ese fin concreto perseguidos se orienten en el sentido de la voluntad pura que es como una línea recta que se pierde en el infinito (pág. 213).

Pero con la noción de voluntad pura estamos aún en el campo genérico del querer —que comprende también a la moral— y no es el específicamente jurídico. La idea del Derecho, la justicia, se obtiene por la aplicación de la idea de voluntad pura a lo específicamente jurídico, es decir, a lo vinculatorio del querer. De este modo se obtiene la noción de la justicia o idea del Derecho: la *comunidad pura* (pág. 245). En la comunidad pura los fines de los diversos individuos vinculados se ordenan de tal modo que no es decisiva ni determinante la aspiración subjetiva de uno cualquiera de ellos (pág. 246). Cada individuo funciona en sus relaciones con los demás como un *fin en sí* (pág. 247). Según Stammler, la comunidad pura es la comunidad de los hombres librevolentes ligados entre sí como autofines.

iii) Doctrina sobre el derecho justo

La doctrina de Stammler sobre el derecho justo —uno de sus aportes más apreciados en la renovación de las ideas iusfilosóficas— tiene sus antecedentes inmediatos en la doctrina sobre la justicia como idea de lo

[23] Para concretar la idea de una voluntad pura, recordemos la noción que de la misma ya había dado Kant al señalar que una voluntad es indiscutiblemente buena cuando se orienta exclusivamente por el sentido del deber. El imperativo categórico, principio supremo de la moral, será un ensayo de concretar la idea de una voluntad pura en la que se armonizan todas las aspiraciones posibles. Recordemos su fórmula: "Obra de tal modo que la máxima de tu acción pueda valer siempre, al mismo tiempo, como el principio de una legislación universal".

jurídico. Debe distinguirse entre lo *absolutamente justo* y *lo objetivamente justo*. Absolutamente justo sólo lo es el método de ordenación, la idea del Derecho, la comunidad pura. La elaboración, por medio de este método o criterio único de ordenación, de una materia social, históricamente dada, nos da un resultado *objetivamente justo* (pág. 215). Nada tiene de extraño que en los diferentes pueblos y tiempos varíen las concepciones sobre lo justo ya que éstas no dependen tan sólo de la idea de justicia, idéntica siempre a sí misma, sino también del material concreto, empírico y contingente al cual dicha idea se aplica. El derecho justo es, por lo tanto, derecho positivo, históricamente dado. Pero no todo derecho positivo es derecho justo. Derecho justo lo constituyen solamente aquellas normas *orientadas*, en cuanto es posible, hacia la noción suprema de comunidad pura (pág. 254).

iv) Crítica de Stammler al materialismo histórico

En forma un poco lateral a sus investigaciones centrales sobre el concepto y la idea del Derecho, Stammler desarrolló en su libro *Economía y Derecho según la Concepción Materialista de la Historia* (1897) una doctrina crítica de la tesis central del marxismo, que alcanzó en su hora gran difusión, aunque actualmente ha perdido gran parte de la fuerza que inicialmente pareció tener.

La crítica se desarrolla en el plano de la teoría del conocimiento. Según la teoría marxista, habría entre economía (infraestructura social) y Derecho (parte de la supraestructura social) una relación del tipo causa-efecto. Stammler sostiene que la verdadera relación no es ésa, sino la de *materia a forma*: el Derecho es la forma que funciona como condición de posibilidad de la materia económica, ya que resulta evidente que cualquier fenómeno económico (p. ej., el cambio), sólo es concebible gracias a una forma o armazón jurídica determinada (p. ej., en el caso del cambio, la libertad contractual). "La relación es de subordinación lógica y no de dependencia causal" [24]. "Los fenómenos económicos no pueden tocarse, ni verse, ni olerse, ni paladearse. Toda consideración de la economía social se encuentra bajo la condición lógica de un orden jurídico. Éste funciona con respecto a aquélla como *posibilidad*: sin él, fuera de sus marcos, no cabe representarse ningún fenómeno económico... Por esto es grave error considerar a la economía y al Derecho como entidades separadas y relacionadas por un vínculo genérico; son sólo, respectivamente, la materia y forma de los fenómenos sociales. El análisis lógico de la cooperación social nos hace distinguir en ella dos ingredientes esenciales: 1°) una *regla* que obra como posibilidad de la cooperación; 2°) lo reglado, un hacer real, unos hechos positivos que funcionan como material de la misma" [25].

[24] STAMMLER, Rudolf, *La Génesis del Derecho*, Madrid, 1925, pág. 123.

La crítica formulada por Stammler a la escuela del materialismo histórico, aunque sea válida en el plano de la teoría del conocimiento, no afecta a esta teoría en cuanto tentativa de *explicación causal* de los hechos histórico-sociales. El mismo Stammler, que había distinguido escrupulosamente entre el problema *genético* y el *sistemático* (pág. 70), incurre aquí en una lamentable confusión entre ambos problemas. El hecho de que el orden jurídico en el plano sistemático o gnoseológico sea la *forma* de una *materia* social, no impide que en el plano sociológico-causal ciertas materias sociales determinadas pueden generar (dentro de las diversas formas jurídicas posibles) una determinada forma jurídica. Así, por ejemplo, si el cambio supone la libertad de contratación no cabe duda de que cierta formas de la economía y del cambio hacia fines de la Edad Media explican la aparición de ciertas instituciones jurídicas, como, por ejemplo, la letra de cambio, que ya no se limitan a la libertad de contratar sino que constituyen una forma muy determinada de la misma. Del mismo modo no cabe duda de que la Revolución Francesa y el predominio del liberalismo que la misma trae aparejado, se encuentran en función de la formación y del ascenso de la clase burguesa —cuya real situación social y económica no se encontraba adecuadamente contemplada en el esquema jurídico de los "tres estados" (nobleza, clero y estado llano) propio de la Edad Media y mantenido en forma inconveniente durante la Edad Moderna—. Por su parte, la formación y el ascenso de dicha clase burguesa se encuentran indudablemente vinculados a factores económicos que arrancan de fines de la Edad Media y que aumentan en volumen e importancia durante toda la Edad Moderna, etcétera.

v) Apreciación crítica

El pensamiento iusfilosófico contemporáneo reconoce en forma unánime a Stammler el renacimiento de la inquietud por los problemas permanentes de la filosofía del Derecho. No reina igual acuerdo en cuanto al punto de partida y al programa por él trazado para la misma. En cuanto a sus *resultados*, podría decirse que la disconformidad es general. Se señala un abismo entre el programa trazado y los magros dividendos obtenidos, achacándose esta esterilidad al extremado *formalismo* avital al que

[25] RECASÉNS SICHES, L., *Direcciones...*, cit., pág. 62 (la bastardilla es nuestra).

voluntariamente se adscribió Stammler. Se le enrostra también haber sido infiel a este formalismo programático y haber introducido subrepticiamente contenidos materiales —p. ej., la idea del hombre como *fin en sí*, tomada por Kant—. Se imputa además a Stammler su profesada ignorancia de la *filosofía de los valores*, que ya había alcanzado gran desenvolvimiento cuando él escribió sus obras y que era necesario tener en cuenta al escribir sobre filosofía del Derecho.

Estas críticas son, en general, exactas, y nos refieren fundamentalmente a la posición filosófica que constituyó el punto de partida de Stammler, al que hemos denominado *neocriticismo logicista* o de Marburgo. En efecto, ya hemos advertido que para esta escuela filosófica el objeto es constituido por el pensamiento, rechazándose todo contacto directo con el objeto (intuición). De este modo, la filosofía deviene un puro análisis del pensamiento, análisis que es también esencial para el conocimiento del objeto puesto que éste se reduce, en última instancia, a aquél. Bástenos señalar aquí que entendemos que la *fenomenología* de Husserl y su natural derivación, la *filosofía existencial*, han superado ampliamente los estrechos planteos de los neokantianos de Marburgo y que, en forma concordante con esta creencia, hemos fijado a lo largo de este libro nuestra posición contraria a un planteo exclusivamente formal.

Hechas las salvedades precedentes, no es posible dejar de echar una mirada concreta a las tesis de Stammler y ver en qué medida sostienen la crítica y se muestran coherentes con sus propios principios.

En lo que se refiere a la *idea* del Derecho, ya hemos mencionado que al admitir el valor de la persona como un *fin en sí* se ha dado cabida a un elemento *material todo lo plausible que se quiera, pero que no debe hacerse pasar como obtenido por métodos puramente formales*. El descuido de la problemática auténticamente axiológica hace en esto vulnerable la tarea de Stammler.

Por último, en lo que se refiere al derecho justo, la doctrina de Stammler es loable en cuanto admite la condicionalidad histórica y, por lo tanto, la variabilidad del derecho justo. De ahí que se califique esta posición de "iusnaturalismo de contenido variable". Pero por lo que hace a los "principios del derecho justo", cabe observar la intromisión de elementos que no han sido deducidos formalmente: el *respeto y la solidaridad*, con los que en verdad, se expresa una valoración, es decir, una noción que no tiene nada de formal.

20.3.9. Radbruch

Radbruch continúa las investigaciones de Lask, que ven a la justicia como un tema propio de la axiología, como un valor. Él acepta las conclusiones de Aristóteles, según las cuales la justicia es un valor de alteridad en el cual se da, de algún modo, la nota de igualdad. Acepta también la división de la justicia en distributiva y sinalagmática. Pero señala que todo ello peca de ser excesivamente formal. ¿De dónde habrá de venir un contenido que nos permita salir de un concepto de justicia puramente formal? La respuesta es —para Radbruch— que siempre hay, detrás del aspecto puramente formal de la justicia, un aspecto vital y concreto que consiste en la adecuación a un fin. El "dar a cada uno lo suyo" va a estar completado siempre por un fin a satisfacer. Con los fines entramos ya en el aspecto no racional de la justicia, porque el último fundamento de su instauración como fines es irracional. En los niveles más profundos —dice Radbruch— no hay una decisión racional, lo que hay es una decisión que emerge de las profundidades del alma en virtud de la cual se toma posición frente a distintas posibilidades. Como el tema de los fines se conecta con los fines del Estado, la filosofía del Derecho no va a poder dar una respuesta definitiva, sino que tiene que conformarse con mostrar lo más claramente posible cuáles son las diversas posibilidades que se plantean. Quien tiene la palabra para dar la respuesta buscada va a ser el hombre mismo, quien, en definitiva, va a ir optando por los fines. Así la filosofía del Derecho en el tema de la justicia podrá mostrar la conexión entre las diversas finalidades y cómo, el optar por una de ellas, se modifica o altera el conjunto de la sociedad. Pero la opción la hará el hombre a lo largo de la historia.

Ya puestos a mostrar específicamente el repertorio de posibles finalidades que se van a aparear a la idea de justicia, Radbruch señala que hay tres posibilidades: 1) la teoría individualista que pone como fin supremo los valores individuales; 2) la teoría supraindividualista, que pone como fin supremo los valores de la comunidad, no ya al individuo aislado sino al conjunto o grupo social; 3) la teoría transpersonal, en la cual el fin supremo es la obra que va a desarrollar la sociedad o el individuo.

Las tres teorías se han dado en la historia del pensamiento político. Así la teoría del contrato social, según la cual la sociedad se forma por la libre adhesión de cada uno, descansa en la teoría individualista, en la concepción del individuo como fin último. Las teorías organicistas, según las cuales la sociedad es un organismo respecto del cual el individuo no es más que un mero elemento, sin sentido propio, y que recibe su sentido del todo que integra, colocan como fin último a la sociedad, optando así por la teoría supraindividual. Por último, quienes conciben que lo que realmente importa en una sociedad es el fin a alcanzar o la tarea a cumplir, optan por la teoría transpersonal que coloca a la obra a realizar como fin supremo. En la historia de los sistemas políticos vemos que se han concretado

la teoría individualista y la teoría supraindividual como sistema que adoptaron ciertos Estados, en cambio la teoría transpersonal no se ha dado en la unidad política que es el Estado, aunque sí ha aparecido en instituciones parciales como la Universidad o la Iglesia.

Señalado esto debe destacarse que hay un conflicto constante de triple frente entre los tres fines posibles que acabamos de describir. Los valores individuales pueden exigir algo diferente de lo que exigen los valores supraindividuales. Los primeros, por ejemplo, pueden exigir la sinceridad, la verdad a toda costa, en tanto que los segundos pueden reclamar una mentira política o diplomática. A su vez, los valores individuales pueden entrar en conflicto con los valores transpersonales o de obra. Un ejemplo reciente sería el de la construcción de la represa de Asuán en Egipto que, si bien iba a posibilitar la satisfacción de necesidades sociales, iba también a inundar para siempre un antiguo templo y un rico tesoro arqueológico. Por último tenemos que los valores individuales pueden también entrar en conflicto con los valores de obra. Si se incendia un museo y hay un peligro inminente de que se quemara *La Gioconda* y el guardián que cuida los cuadros, cabe preguntarse qué es lo que se intentará salvar primero; la respuesta será diferente según adoptemos una posición individualista o transpersonal.

Este conflicto de triple frente va a estar siempre en la base de toda decisión valorativa, y la filosofía del Derecho, por más que desarrolle la axiología jurídica, no puede pronunciarse por una posición o por otra. Lo único que le cabe hacer es mostrar las consecuencias que encierra cada una de las opciones posibles.

Pero la idea o valor del Derecho, además del puro principio formal de justicia señalado ya por Aristóteles y de la adecuación a un fin que la conecta con las concepciones sobre los fines del Estado en la forma ya estudiada, contiene —según Radbruch— un tercer elemento: la *seguridad jurídica*, ya que el Derecho, como ordenación de la vida común, no puede ser abandonado a la diversidad de opiniones y constituye, por sobre todo, *un orden positivo*, cuya existencia es más importante que la justicia y la finalidad.

Según Radbruch [26], lo dado al hombre es la realidad, mezclada caóticamente al valor. El hombre separa la realidad del valor y obtiene así por un lado la *naturaleza* (ciega a los valores), y por otro el reino de los *valores* (desnudos de toda realidad). El pensamiento sistemático ejercido con relación a estos reinos así independizados constituye, por una parte,

[26] RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1944, pág. 7, en nota. En lo sucesivo citaremos en el texto, entre paréntesis, las páginas de este libro.

el *pensamiento científico natural*, y por otra, la *filosofía de los valores*. Pero no son éstas las únicas actitudes posibles: hay una actitud en que *se hace referencia a los valores* y esta actitud es la propia de la *cultura*. Así, por ejemplo, un cuadro no será pura y simple realización de la belleza, pero sin una referencia a la belleza carece de todo sentido. El sentido de la cultura es realizar valores, aunque de hecho no los realice. Con palabras de Stammler, cabría decir del Derecho que se trata de un "esfuerzo hacia lo justo". Por fin, hay una actitud en que "se supera al valor: la actitud religiosa. La religión es afirmación suprema de todo lo que es..." (pág. 26).

"El Derecho sólo puede comprenderse en el círculo de la conducta impregnada de valor. El Derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor... El Derecho puede ser injusto... pero es Derecho en tanto que su sentido es ser justo" (pág. 11). "La ciencia del Derecho lo considera a éste como objeto cultural, la filosofía considera el valor justicia; son respectivamente la actitud referida a valor y la puramente valorativa del Derecho" (pág. 12).

El método de la filosofía del Derecho, de la consideración puramente valorativa del Derecho, "se caracteriza por dos rasgos esenciales: *dualismo metódico y relativismo* (pág. 13). El dualismo metódico nos señala la separación entre hecho y valor entre *ser* y *deber ser*. Nunca algo es justo por el solo hecho de que es, fue o será" (pág. 13).

"El dualismo metódico no pretende afirmar que las valoraciones y juicios no sean influidos por hechos de ser. No hay duda sobre que los actos de valoración sean el resultado, la supraestructura ideológica de hechos de ser, acaso del medio social de aquellos que los ejecutan" (pág. 15). Radbruch cita a Mannheim (*Ideología y Utopía*) y admite que la sociología del saber ha demostrado la determinabilidad de las ideologías por el lugar y situación social en que nacieron. Pero con el *dualismo metódico* no se trata de la relación *causal* entre hechos de ser y juicios de valor, sino de la relación *lógica* entre ser y valor (pág. 16). Un precepto del deber ser, por lo tanto, no se puede fundar ni demostrar sino por otro precepto del deber ser y nunca por una remisión al ser, a la realidad. Por esto mismo se hace evidente que los *últimos preceptos del deber son indemostrables y se apoyan solamente en una creencia* (pág. 17). Si esto es así, si los principios supremos del deber ser no son susceptibles de conocimiento sino tan sólo de una creencia que brota "de la profundidad de la personalidad", ¿qué papel desempeñará la filosofía del Derecho, es decir, la ciencia del valor jurídico, de la consideración puramente valorativa del Derecho?

Según Radbruch, la filosofía jurídica puede, en primer lugar, descubrirnos los medios necesarios para la realización del fin debido, pero dirigiendo la mirada del medio al fin de modo que se haga plenamente

consciente todo lo que requiere el fin propuesto (pág. 17). Mostrando qué es lo que verdaderamente se quiere, se hacen lúcidas todas las implicaciones de ese querer.

En segundo lugar, la iusfilosofía puede aclarar el juicio de valor hasta sus últimos supuestos dentro de una concepción del mundo y de la vida, haciendo explícita la concepción de mundo que estaba implícitamente en la base de la valoración. De este modo se obliga al sujeto a ser coherente y no contradictorio en sus valoraciones, y se rectifican sus posibles errores (pág. 19) si creyó compatibles en un mismo sistema dos valoraciones o actitudes que en realidad no lo son. *La filosofía del Derecho desarrolla pues sistemáticamente las valoraciones, mostrando los primeros principios y las últimas consecuencias de una posición determinada.*

Por fin, la filosofía del Derecho sistematiza esos principios en una "tópica de todas concepciones del Derecho, dando de esta manera no el sistema de la filosofía del Derecho, sino la plena sistemática de sus posibles sistemas" (pág. 18).

Estos tres pasos constituyen todas las posibilidades de la filosofía del Derecho (teoría del valor jurídico) en la autolimitación que se impone a sí misma por su pretensión científica. En esto consiste el *relativismo* presente en toda esa tarea: que la justeza (o corrección) de un juicio de valor, se establece *en relación* con otro juicio de valor determinado y superior, dentro de los límites de una concepción determinada del valor y del mundo (pág. 19). En cuanto a la fijación de dicha concepción del mundo, la filosofía del Derecho se llama a silencio. La elección entre las concepciones jurídicas así sistemáticamente desenvueltas se abandona al individuo, a "la decisión brotada de las profundidades de la personalidad". Menciona Radbruch como representante del relativismo a George Jellinek (*Teoría General del Estado*), a Max Weber, conspicuo representante de la sociología alemana, y a Hans Kelsen. Menciona también a Hermann Kantorowicz, a quien dedica su libro en reconocimiento, ya que su propia concepción básica del mundo se ha formado en el diálogo con él (pág. 19, nota 2).

El relativismo aparece, como anotamos ya más arriba, como consecuencia de la pretensión teorética. Pertenece a la razón teórica, pero no a la práctica. No significa renuncia a la toma de posición misma, sino a la fundamentación científica de las actitudes supremas (pág. 20).

Resumiendo lo que se ha explicado sobre la idea del Derecho o valor jurídico, corresponde puntualizar que, según Radbruch, la idea del Derecho se compone de tres elementos: 1°) el principio formal de la *justicia*, es decir, la igualdad; 2°) la *adecuación a un fin* (librada a la batalla de las opiniones partidarias); y 3°) la *seguridad jurídica*, es decir, la exigencia de algún orden positivo, cuya existencia "es más importante que su justicia y su finalidad" (pág. 96). Esta idea del Derecho contiene dos elementos de validez absoluta, que son la *justicia* (formal) y la *seguridad.* Contiene además un elemento de validez relativa, que es la *finalidad.* Finalmente señala Radbruch que entre estos tres ingredientes existe una relación jerárquica, a la que también asigna validez relativa (pág. 97). De los tres elementos, sólo para el segundo —la finalidad— vale la autolimitación del relativismo; los otros dos —justicia y seguridad— están por sobre la oposición de las concepciones en torno del Derecho y del Estado (pág. 96). Los tres elementos se exigen, pero se contradicen mutuamente (pág. 97). Se sacrifican la justicia y la finalidad en aras de la seguridad jurídica en la cosa juzgada, en la prescripción, en la protección de la posesión civil, en el *statu quo* internacional (pág. 99). Hay épocas que acentúan la *finalidad* (como, p. ej., el Estado-policía prusiano), otras la *justicia* (p. ej., el derecho natural clásico) y otras la *seguridad* (como la época del *positivismo*).

La filosofía se sitúa frente a estas contradicciones sin brindar la solución (relativismo metódico).

Apreciación crítica. El sistema de Radbruch constituye, con relación al de Stammler, un posible progreso. La *ubicación del Derecho en el orbe de la cultura* es un paso decisivo hacia la plena clarificación de lo jurídico. La idea del Derecho no es ya un mero método formal de ordenación sino que se enriquece con el aporte de las investigaciones sobre la justicia, y la seguridad, orden o paz jurídica (estos términos son sinónimos para Radbruch, pág. 96).

Pero en cambio, nos parece errada la forma de acceso a lo cultural. Se hace una primera escisión entre *realidad* y *valor* que es acertada en cuanto señala la existencia de algo más allá de la mera realidad, pero errada en su intención pues significa una verdadera hipóstasis del valor al ponerlo en un mismo plano con la realidad. Después de esta separación forzada se intenta "componer" el objeto cultural en la síntesis de esos dos tramos así escindidos, en la realidad que hace "referencia" al valor. De este modo, *no se advierte algo de suma importancia que el valor es inmanente a la "cosa valiosa", o lo cultural*, y que la consideración aparte que del valor pueda hacer la "filosofía de los valores", es una consideración justificada sólo como abstracción y dentro de límites muy estrechos.

El mismo Radbruch, al llevar a cabo su programa en filosofía del Derecho, es víctima de esa posición y estrecha en forma inconveniente el objeto propio de la especulación iusfilosófica al tema del valor jurídico, a la idea de Derecho. Es decir que, para Radbruch, la filosofía jurídica es

axiológica con descuido de otros capítulos importantes de la filosofía del derecho, en primerísimo lugar de la ontología jurídica (problema de la esencia o del concepto universal del Derecho). De modo que Radbruch, que por la ubicación del Derecho en los fenómenos culturales estaba en inmejorables condiciones para hacer un análisis de la estructura del "objeto cultural" Derecho, no lo hace porque cree que campo propio de la filosofía es solamente el estudio del valor.

Desde luego que ni Radbruch, ni nadie, puede pasarse sin una ontología jurídica, expresa o implícita, y así encontramos en su obra implícitamente, dos conceptos del Derecho: el 1°) como aquel objeto que hace referencia al valor justicia; el 2°) —que pretende hacerse pasar como explicación del anterior— el del Derecho como *ordenación de la conducta*. Pero este tránsito del primero al segundo concepto no está explicado ni resulta convincente. En verdad se ha introducido aquí de contrabando el racionalismo jurídico: la consideración del Derecho como *norma* o conjunto de normas.

Al introducirse en la idea o valor jurídico el concepto de *seguridad* como la exigencia de positividad del Derecho, se trata de un tema de ontología jurídica como si fuese axiológico, con lo que aumenta la confusión de sistema.

Señalemos todavía que en Radbruch hay confusión entre el valor como estructura bipolar (justicia-injusticia) necesaria del dato jurídico y el polo positivo del valor (justicia).

Para nuestros fines de ver el desarrollo del pensamiento jurídico en función del principio *iuspositivo*, es decisivo señalar que Radbruch, pese a centrar toda la investigación iusfilosófica en torno del valor o idea del Derecho, y presentarse de este modo como un restaurador del iusnaturalismo, es no obstante tributario en alto grado del *positivismo*. Esto se hace notorio considerando: 1°) el *relativismo* que le impide pronunciarse sobre los diversos ideales últimos y lo lleva a admitir los ideales jurídicos tales como se dan en la realidad, en el derecho positivo; 2°) la *seguridad jurídica*, que como exigencia de positividad aparece en la idea del Derecho que no es meramente formal (como la justicia) y que es "más importante" que esta misma justicia y que la finalidad (pág. 96); 3°) el carácter ontológico que asume esta exigencia de positividad, tal como lo hemos explicado más arriba.

20.3.10. Pound

Pound es de la escuela pragmática y, siguiendo a William James, dice que en principio toda aspiración o todo impulso tiene derecho a ser reconocido y respetado por descabellado que pueda parecer. Así, mi impulso de quedarme con el portafolios o los libros de alguno de ustedes es, en principio, respetable, pero dejará de ser respetable si aparece una mejor razón para coartar e impedir ese impulso. En nuestro ejemplo esa mejor razón será la del propietario del portafolios o los libros de seguir teniéndolos bajo su poder. En toda situación a resolver hay siempre un conflicto de intereses, ¿cómo dirimir el conflicto satisfaciendo unos y negando otros? Lo que debemos hacer —dice Pound— es dirimir el conflicto de tal manera que se afecte lo menos posible el ideal vigente en la sociedad. Para ello lo primero que nos conviene establecer es una versión del interés social que hay en cada interés individual. Por ejemplo, tenemos un interés individual que deriva de la personalidad en la libertad de expresar las propias ideas sin ninguna clase de trabas; pero detrás de este interés individual está el interés social, que consiste en que la máxima divulgación de doctrinas y pensamientos va a resultar, a la postre, beneficiosa para la comunidad, puesto que ésta estará en condiciones de optar por la mejor de ellas. Así podemos volcar cada interés individual en el interés social correlativo para hacer una especie de tabla en la que estén los distintos intereses sociales. Hecha esta tabla y ya frente al conflicto, debemos determinar cuál de las soluciones posibles altera menos el orden de los intereses sociales. De este modo la justicia consiste en administrar la solución que afecte menos a la comunidad toda.

20.3.11. Cossio. Remisión

Cossio adelantó una meditación sobre la justicia algún tiempo antes de formular su teoría sobre los valores jurídicos y, como ya hemos destacado, no llegó a publicar su "teoría de la justicia".

Él se rebela contra el pensamiento tradicional que subsume la noción aristotélica dentro de la noción platónica de la justicia por obra de la corriente escolástica. Hemos visto que esta subsunción trae como consecuencia subordinar el Derecho y los valores jurídicos a la moral y las virtudes individuales. De este modo destaca y subraya el aporte aristotélico que vio a la justicia como una virtud o valor de la sociedad con la nota de alteridad, desechando la caracterización platónica que la veía como una virtud individual. Hecho esto, acepta el aporte de Platón en cuanto éste veía a la justicia como un valor totalizador y armonizador de otros valores, por ello dice que la egología "pone la noción platónica dentro de la aristotélica".

Resta aún por superar el vacío formalismo de la fórmula "dar a cada uno lo suyo". Para ello acude a la siguiente explicación: como la característica esencial del hombre, señalada desde Aristóteles hasta Heidegger, es ser "racional", la "verdadera justicia ha de ser la razón suficiente

que racionalice el Derecho". Como los tres modos del principio de razón suficiente son la razón de existencia, la razón de esencia y la razón de verdad, cabe preguntarse e inquirir cuál es la razón de existencia de la justicia, o sea, "¿qué es aquello que la hace ser de cuerpo presente y no mero fantasma incorporal?"; ¿cuál es la razón de esencia de la justicia?, o sea, "¿qué es aquello que la hace consistir en algo que sea justicia...?". Y, por último, cuál es la razón de verdad de la justicia, o sea, "¿qué es aquello que otorga fuerza de convicción o algo como verdadera justicia...?".

Como razón de existencia la justicia es libertad, porque la existencia del hombre y la coexistencia social son, en última instancia, libertad. Como razón de esencia la justicia es creación, porque la creación es lo que caracteriza a la libertad por oposición a la pura necesidad. Como razón de verdad la justicia es igualdad, porque la igualdad señala lo idéntico, y lo idéntico es el principio supremo de la razón: el principio de identidad. En esto que muestra a la justicia como igualdad parece coincidir con Aristóteles que, como hemos visto, mostró la justicia como una igualdad directa y como una igualdad proporcional; pero la coincidencia no es completa puesto que, en realidad, el concepto de igualdad corresponde a los entes, a las cosas, que pueden ser efectivamente iguales, pero no a los hombres, que no siendo iguales pueden "igualarse" a pesar de sus diferencias. Por ello Cossio reemplaza la palabra "igualdad" por "igualación".

En síntesis, como la justicia es creación, es igualación y es libertad, Cossio la define como la *creación de igualaciones de libertad*. ¿Qué quiere decir esto? Quiere decir que para dar a cada uno lo suyo y hacer justicia hay que darle aquello que le falta a alguien para estar en situación de igualdad con el que está interfiriendo en su conducta. Hay que crear la igualación de los hombres (que son libertad) en cada caso concreto. Para ello, naturalmente, habrá que darle más a quien tiene menos para poder poner a ambos en situación de igualdad.

Y es creación porque esta tarea es constante, puesto que lo que hoy se iguale dentro de muy poco tiempo va a estar otra vez en situación de desigualdad. Así habrá nuevos punto de partida respecto de los cuales habrá que crear igualaciones de libertad.

Al exponer las ideas de Cossio en el punto 11.2., hemos visto el contenido del "plexo axiológico" y los distintos valores y disvalores jurídicos.

20.3.12. Rawls

i) Introducción

La publicación de *A Theory of Justice*, por John Rawls, en 1971, constituyó un acontecimiento intelectual de primera magnitud que concitó la atención de prácticamente todos los estudiosos de los temas éticos y políticos. En esta obra su autor retomaba dos décadas sobre sus propias investigaciones, la justicia en instituciones y prácticas sociales, corrigiendo algunos puntos importantes, pero, sobre todo, proyectaba su pensamiento sobre el conjunto de la sociedad confrontándolo con lo más granado de las teorías expuestas sobre el tema. Pero, además, Rawls, con pleno dominio de las teorías económicas, teoría sobre los juegos, teoría sobre toma de decisiones, y metodología general, ponía todo este bagaje de conocimiento actual al servicio de su teoría de la justicia, emprendiendo una investigación material sobre la justicia misma y no meramente analítica sobre los usos de la palabra "justicia". Se pensó entonces que la filosofía ética y política había entrado por la "segura senda de la ciencia". No es exagerado decir que sobre la teoría de Rawls se han escrito libros y ensayos como para llenar algunos estantes de una biblioteca, con la particularidad de que todos estos ensayos, aun los más críticos, reconocen el mérito indudable de Rawls en su tratamiento original del tema y su acierto en haberlo actualizado en relación al bagaje contemporáneo de conocimientos.

Lo expuesto pone de manifiesto que un resumen de la teoría, que se limitase, por ejemplo, a exponer sus supuestos, objetivos y resultados, aunque lograse con fidelidad sus propósitos, no sería significativa, pues, a fuerza de sintética, tendría que dejar de lado toda la riqueza que constituye el principal atractivo del original.

Nos hemos propuesto, por lo tanto, exponerla tomando un camino intermedio en el que destacaremos aquellos puntos que Rawls mismo considera fundamentales. Antes de proceder a tal exposición, convendrá efectuar dos advertencias. La primera, que en cualquier punto del argumento general de Rawls su construcción se rompe, en su caso, por el eslabón más débil. Vale decir que el lector crítico podrá discrepar, pongamos por caso, con algunas conclusiones; pero ello no invalidará sino una parte del argumento general que las sustenta. Muchas partes de la construcción permanecerán incólumes si la crítica se cifra en un supuesto parcial que sirve de sustento a una conclusión. La segunda advertencia es para ubicarnos en el campo de la historia de las ideas. Del conjunto de autores que Rawls toma en cuenta, quisiéramos aquí insistir solamente en tres. De Aristóteles toma Rawls la noción de igualdad y, más precisamen-

te, de justicia distributiva o social. Éste es el tema que lo ocupa. Pero Rawls enriquece a Aristóteles al integrar dicha noción en una sociedad concebida como un arreglo cooperativo en el que se producen los bienes que deben distribuirse (debe advertirse aquí que "bienes" no debe tomarse en su sentido puramente económico). De Kant toma Rawls la concepción de contrato social, pensado como idea, y la propia teoría aparece como una tentativa de construir una concepción moral sistemática que tenga en cuenta las acertadas críticas hechas a ésta concepción.

Rawls comienza describiendo el papel que tiene la justicia en la cooperación social. Esta última noción lo lleva a dar, en función de la misma, una noción de sociedad. A esta noción así restringida de sociedad —y no a cualquier grupo humano de convivencia— se aplica la noción de justicia que elabora nuestro autor. Pero el objetivo primario de la justicia no es toda la sociedad (así entendida), sino solamente lo que Rawls denomina "su estructura básica". Rawls concibe la justicia como imparcialidad (*fairness*). Esta concepción remoza la concepción tradicional del contrato social. Éste es entendido, no como un hecho históricamente ocurrido, sino como un procedimiento diseñado para juzgar acerca de la justicia o injusticia incorporadas en un sistema sociopolítico concreto. La novedad que introduce Rawls es que dicho procedimiento no tiene por objeto pasar del "estado de naturaleza" a la "sociedad civil" —como en los clásicos—, sino acordar ciertos principios de justicia. En todo ello Rawls se propone elaborar una teoría de la justicia que sea una alternativa viable respecto de las concepciones utilitarista clásica e intuicionista.

ii) Cooperación, sociedad y justicia

La mayoría de las personas que integran una sociedad entendida como un sistema de cooperación, actúan de acuerdo con las reglas que la estructuran como tal. Por cooperación no debe entenderse aquí ninguna solidaridad particular (como en el movimiento cooperativo, por ej.). Se trata simplemente de la división del trabajo social que ya había sido teorizada por Adam Smith. Esta cooperación permite que personas autointeresadas —interesadas en la promoción de sus propios intereses— obtengan, sin embargo, ventajas adicionales del arreglo cooperativo que permite para todos, una vida mejor que la que pudieran obtener exclusivamente de sus propios esfuerzos. Pero hay, también, conflicto de intereses respecto de cómo han de distribuirse la ventajas obtenidas mediante la cooperación. Se requiere, además, que esta sociedad sea una "sociedad bien ordenada", lo cual requiere una concepción pública de la justicia (y en esto habrá seguramente discrepancias en cualquier sociedad existente). Pero una sociedad bien ordenada requiere, además, coordinación, eficacia y *estabilidad*: debe cumplirse con el sistema de cooperación (coordinado y eficaz en cierta medida) en *forma regular* y, en lo básico, *voluntariamente*. Pero la justicia —que está en juego— es la primera virtud de las instituciones sociales, de modo que un arreglo de cooperación coordinado, eficaz y estable, debe, no obstante, ser cambiado si es injusto.

iii) El objeto de la justicia

La justicia se ocupa, pues, de una sociedad aislada, más o menos autosuficiente y, por lo demás, bien ordenada. Pero con mayor precisión el objeto de la justicia lo constituyen las instituciones que forman la *estructura básica* de esa sociedad: el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la distribución de la ventajas provenientes de la cooperación social. Las instituciones más importantes incluyen la Constitución política, pero también las principales disposiciones económicas y sociales como ser, por ejemplo, la protección de la libertad de pensamiento, la competencia mercantil, la propiedad privada —o pública— de los medios de producción y la familia monogámica.

iv) Idea principal de la teoría de la justicia

La idea directriz, como ya adelantamos, es que el objeto del acuerdo original lo constituyen los principios de justicia. Es decir, éstos son los principios que personas libres y racionales, interesadas en promover sus propios intereses, aceptarían en una posición inicial de igualdad. Esta posición inicial de igualdad ha sido caracterizada como la *posición original*. En ella nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase, o *status* social, tampoco cuál es su suerte en dotes naturales (inteligencia, salud, etc.). En la posición original los individuos conocen las leyes generales de la naturaleza, la economía y la sociedad; pero en todo lo que respecta a su propia situación deben escoger los principios de justicia tras un velo total de ignorancia. De esta forma se garantiza su imparcialidad a la hora de elegir tales principios. Una sociedad que satisfaga los principios de la justicia, así entendida como imparcialidad, se acerca todo lo posible a un esquema de asociación voluntaria, ya que cumple con los principios que consentirían personas libres e iguales bajo condiciones de imparcialidad. En este sentido sus miembros son autónomos y las obligaciones que reconocen son autoimpuestas (debe tenerse en cuenta que la elección de los principios de justicia requiere unanimidad).

Una primera aproximación a los principios de justicia puede dárnosla lo que Rawls denomina "concepción general de la justicia". Ésta puede expresarse diciendo:

Todos los valores sociales —libertad y oportunidad, ingreso y riqueza— habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de algunos o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos.

Obsérvese que el tema de Rawls es, como adelantamos, la *justicia (igualdad) de la distribución de las ventajas de la cooperación*. Pero una concepción tan general permite cualquier clase de desigualdades (como en libertad —esclavos— libertad de conciencia, derechos políticos, etc.) con tal de que haya un beneficio para todos. La idea de Rawls es que los hombres en la posición original no aceptarían un riesgo tan grande (ser sometidos a esclavitud y privados de derechos políticos, etc.).

Como consecuencia de ello, Rawls entiende que los hombres en la posición original elegirían principios que, en forma provisional, enuncia como sigue:

v) Los principios de justicia

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertad básica que sea compatible con una libertad similar para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de tal modo que cumplan las siguientes dos condiciones: a) que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, y b) se vinculen a cargos y empleos asequibles para todos.

El primer principio rige las libertades básicas (como, p. ej., las libertades políticas de votar y ser elegido, la libertad de expresión y de conciencia, la libertad personal, etc.). El segundo principio se aplica haciendo asequibles los puestos y, teniendo en cuenta esta restricción, disponiendo las desigualdades económicas y sociales de modo que todos se beneficien.

Rige entre los principios lo que Rawls ha denominado un "orden lexicográfico de prioridad": el esquema de libertades básicas debe ser igual para todos, aunque un esquema distinto pudiese favorecer a todos en la distribución de bienes. También el segundo principio ofrece, dentro del mismo, un orden de prelación, ya que la igualdad de oportunidades prevalece sobre la ventaja general.

Cada uno de los ítems que componen el segundo principio es ambiguo, pues tanto "igualmente asequibles para todos" como "ventajas para todos" tienen dos sentidos. El segundo principio tiene, pues, cuatro significados:

	Ventaja para todos	
"Igualmente asequible"	**Principio de eficacia**	**Principio de diferencia**
Igualdad de carreras abiertas a los talentos	Sistema de libertad natural	Aristocracia natural
Igualdad de oportunidades *(fair)* equitativas	Igualdad liberal	Igualdad democrática

El sistema de libertad natural considera que es justa una estructura básica que satisfaga el principio de eficacia y en la cual los empleos estén abiertos a quienes tengan la capacidad de obtenerlos. Pero la eficacia —que es el principio de Pareto— requiere solamente que el sistema de distribución sea óptimo en el sentido de que cualquier modificación que beneficie a algunos no podrá obtenerse, salvo que se perjudique a otros. Es un sistema que consagra cualquier *statu quo*. Puede ser eficaz un sistema en el que algunos tengan todo o casi todo, y otros prácticamente nada. De modo que la eficacia por sí misma nada dice sobre la justicia. Ésta puede requerir un sacrificio de eficacia en aras de una distribución más equitativa.

vi) La igualdad democrática y el principio de diferencia

El sistema de igualdad liberal trata de corregir esto añadiendo la justa *(fair)* igualdad de oportunidades para acceder a los empleos. Aquéllos igualmente dotados por la naturaleza deberían tener iguales oportunidades, independientemente de su posición inicial en el sistema. Su pertenencia a una clase no debería afectar esta igualdad de oportunidades que no es sólo formal. Pero el sistema de igualdad liberal —claramente más justo que el de libertad natural— permite que la distribución de la riqueza y el ingreso queden determinados por la distribución natural de capacidades y talentos. Aunque esto tampoco parece justo, ya que los naturalmente más dotados obtienen una parte mayor en la distribución de los bienes que resultan de la cooperación, merced a la participación de los menos dotados. Llegamos así a la interpretación de lo que Rawls denomina "igualdad democrática", que, resumiendo todo lo expuesto, puede enunciarse así:

> Dando por establecido el marco de instituciones requeridas por la libertad igual (primer principio) y la justa *(fair)* igualdad de oportunidades (que constituye la interpretación aceptable de una parte del segundo principio) *las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas si, y sólo si, funcionan como parte de un esquema que mejore las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad.*

Rawls descarta una forma del principio de diferencia, la "aristocracia natural" que es incompatible con toda su concepción. Queda, pues, *el principio de diferencia* como aquel que *"justifica las expectativas más elevadas de los mejores situados si ellas acarrean una mejora de las expectativas de los menos favorecidos"*.

Este principio requiere, por cierto, muchas precisiones que aquí no podremos suministrar. Pero, tomado en general, parece una concepción adecuada para justificar las desigualdades económicas en una sociedad entendida como sistema de cooperación.

vii) Equilibrio reflexivo

Rawls denomina "equilibrio reflexivo" al método que usa para elaborar su teoría de la justicia. Este método tiene en cuenta nuestras intuiciones comunes respecto de situaciones o conductas justas o injustas, pero no se basa solamente en ellas. En efecto, a medida que el procedimiento diseñado para acordar los principios de justicia avanza en el esclarecimiento de estos principios, ellos se utilizan para ponderar estas intuiciones, para corregirlas y desbastarlas, de modo que pasen a ser racionalmente ponderadas, traducibles en juicios considerados reflexivos. Por otra parte, los principios mismos son construidos en forma de no violentar desconsideradamente nuestras intuiciones comunes de justicia. Vale decir que el método funciona a dos puntas pues permite correcciones tanto en la periferia de nuestro conocimiento, constituida por la experiencia (tal como se da en las intuiciones éticas y políticas sobre lo justo), como en los "ajustes" de los principios mismos. Rawls sostiene que el proceso de ajuste mutuo de los principios y de los juicios (bien) considerados no es algo peculiar de la filosofía moral [27].

Por lo que ya hemos visto en el Capítulo 9, estamos en condiciones de afirmar que el método del equilibrio reflexivo responde a la concepción epistemológica liderada por W. Quine. Éste concibe la totalidad de nuestro conocimiento como formada por zonas más periféricas donde ocurre la experiencia y otras más centrales, resistentes al cambio. Los principios de las matemáticas y de la lógica constituyen el núcleo más central de nuestros conocimientos, pero ellos también están sometidos al cambio [28].

[27] Rawls cita a Nelson Goodman para observaciones similares sobre la justificación de los principios de las inferencias deductivas e inductivas (RAWLS, J., *op. cit.*, pág. 38, en nota).

[28] Ver Cap. 9. El 12-X-1987 un discípulo de Quine, el profesor Dagfin F. Ilesdal lo sostuvo explícitamente en su conferencia "¿Es Husserl un fundacionista?", dada en SADAF.

viii) Apreciación crítica

Rawls expuso su teoría vinculándola expresamente a nociones como sociedad, como sistema de cooperación, sociedad bien ordenada, escasez moderada de bienes, etcétera, algunas de las cuales hemos visto en nuestra exposición. Con estas precauciones expresas su teoría resulta, en términos generales, satisfactoria. La crítica fina podrá discrepar, por ejemplo, con la regla del *maximum*, que, según Rawls, tiende a maximizar el mínimo riesgo cuando debe elegirse en condiciones de incertidumbre, pero esta crítica atañe a aspectos y no al conjunto de la teoría. Hacia la década del setenta las democracias occidentales habían alcanzado, en términos generales, las condiciones fácticas a las que Rawls vinculaba su teoría. Pero la década del ochenta ha traído cambios que han obligado a Rawls a recordar las limitaciones de su teoría, ya que muchos esperaban de ella lo que puede considerarse un ideal poco racional: una teoría de la justicia cuya aplicación diese por resultado casi automático una sociedad justa. Algunos de estos críticos nos ponen de manifiesto este supuesto fracaso en términos muy duros —que no compartimos—, pero que convendrá consignar: "*A Theory of Justice* de J. Rawls supuso, a principios de los años setenta, la esperanza de que la filosofía política entraba al fin por una vía segura de la que cabía esperar un desarrollo constructivo y sistemático. Quince años después esa esperanza se desvanece de nuevo en manos del propio Rawls" [29]. Rawls toma como punto de partida las convicciones y tradiciones fuertemente arraigadas en un Estado democrático moderno, vale decir "un prejuicio cultural" que nos somete a prueba. La explicitación que hace de ese prejuicio no puede ser más válida u "objetiva" que el prejuicio que constituye su punto de partida. Ya en 1980 (*The Kantian Constructivism...*), Rawls incluye el punto de partida señalado en la propia construcción. Su "teoría" no puede desde entonces ser verdadera sino política, una "tarea social práctica", vale decir, una propuesta *política* destinada a allanar diferencias. Como termina admitiendo Rawls en 1985, su construcción trata de evitar las controversias filosóficas y el problema de la verdad. Los principios de justicia (propuestos) son los más razonables para nosotros, dada nuestra concepción de las personas como libres e iguales y como miembros plenamente integrados de una sociedad democrática.

[29] JIMÉNEZ REDONDO, Manuel, "Precisiones sobre Rawls", *Doxa 3*, Universidad de Alicante, 1986, págs. 259 y sigs. *Passim*.

La teoría de la justicia va dirigida a "los ciudadanos en un régimen constitucional. Les ofrece una manera de concebir su común y garantizado *status* como ciudadanos iguales y libres y trata de conectar una particular comprensión de la libertad y la igualdad con una particular concepción de la persona, afín a las nociones compartidas y a las convicciones esenciales implícitas en la cultura pública de una sociedad democrática". El objetivo de la teoría de la justicia "es el libre acuerdo, la reconciliación a través del razonamiento público" ... "para ello han de evitarse cuestiones filosóficas disputadas al igual que cuestiones religiosas o morales disputadas... la teoría de la justicia se mantiene en la superficie, filosóficamente hablando".

CAPÍTULO 21

EL MÉTODO JURÍDICO Y LA INTERPRETACIÓN

CAPÍTULO 21

EL MÉTODO JURÍDICO Y LA INTERPRETACIÓN

21.1. INTRODUCCIÓN

El método de conocimiento del Derecho consiste en la aplicación del método de las ciencias sociales, según lo explicamos en el Capítulo 7. En forma más específica hablaremos aquí de *método jurídico* en relación con las actividades que despliegan el *legislador,* el *juez,* el *científico del Derecho* y el *abogado*. Hemos excluido del método jurídico propiamente dicho el del filósofo del Derecho y el que corresponde a la *enseñanza* del Derecho, en el que se destaca la polémica entre quienes preconizan el método del caso [1] y el que predominaría en los países del sistema continental romanista.

En cambio, nótese que nuestra afirmación supone una tesis: la de que *no media ninguna diferencia esencial entre el método a que cada uno de ellos debe recurrir.* A primera vista parecería difícil atribuirles un método común, ya que sus quehaceres son aparentemente diferentes. En efecto, mientras el *juez* atiende a conductas individualizadas, a las que no sólo conoce teóricamente sino que les pone un sentido, el *legislador* sanciona normas que mencionan y confieren sentido a conductas, consideradas como fenómenos de masa (la *Massenbeobachtung* de los alemanes), sobre las cuales estampa la valoración de la colectividad de la cual es portavoz. En cuanto al *doctrinario del Derecho,* la circunstancia de que no es un órgano de la dinámica jurídica positiva —como lo son el juez y el legislador— hace que los conceptos que exprese, aunque también versen sobre conductas, tengan un sentido exclusivamente teorético. Por lo que hace al *abogado,* no requiere en rigor una mención especial, ya que su situación se asemeja en parte a la del juez y en parte a la del doctrinario (a

[1] CUETO RÚA, Julio, "El case method", *L.L.,* del 25-VIII-1953; *id.,* "Modernas tendencias pedagógicas en las escuelas de Derecho norteamericano", *L.L.,* del 20-IX-1953; BARBOSA, Julio, "La enseñanza de las escuelas de Derecho de los Estados Unidos", *L.L.,* del 16-IX-1954.

la del juez, en cuanto debe comprender sistemáticamente el sentido jurídico de conductas individualizadas; a las del doctrinario, porque sus valoraciones sólo quedan estampadas en las conductas a que se refieren, en caso de ser compartidas por el juez). Sin embargo, la tarea del abogado cobra especial y autónoma jerarquía cuando actúa extrajudicialmente, en funciones de consulta, orientación y consejo.

No obstante las diferencias apuntadas entre las distintas especies del género "juristas", a poco que se reflexione acerca del conocimiento que todos ellos ejecutan, se advierte que tienen de común el referirse siempre a *conductas en su deber ser,* con las que realizan una doble y simultánea tarea de *sistemática* y de *interpretación.*

Entre la actividad específica del científico del Derecho por una parte, y la del legislador y el juez por otra, se podría a lo sumo encontrar como criterio diferencial que mientras el científico cumple una tarea con designio primordialmente *teorético sistemático* —en cuanto no pretende sino "conocer" mejor el Derecho, ni puede ir más allá de "proponer" al legislador y al juez las interpretaciones que estima como justas—, el *legislador* y el *juez* se desenvuelven, con sus interpretaciones, en el campo de la *práctica,* bajo el signo de valores de conducta. Pero, a nuestro juicio, con esto sólo se indica la dirección fundamental de sus intereses, porque los *juristas no sólo describen y sistematizan, sino que formulan interpretaciones,* y la interpretación es un conocimiento en que juega la estimativa jurídica. *A su vez, tanto los jueces como los legisladores incardinan su actividad interpretativa dentro de una sistemática teorética,* estructurada conceptualmente por las normas que han de aplicar.

En conclusión:

Para nosotros no puede haber, *desde el punto de vista epistemológico,* diferencia esencial entre las faenas que cumplen los doctrinarios y los jueces: tanto aquéllos como éstos, por lo mismo que tienen que tomar contacto con entes de experiencia, con fenómenos y cosas de la realidad, no pueden hacerlo sin recurrir a una *intuición* de esa realidad (método *empírico*), la que por ser una realidad cultural no se deja captar por medio de una intuición puramente sensible.

El método jurídico ha de desarrollarse en dos direcciones fundamentales, que se coimplican y complementan en forma necesaria: a) la *sistemática,* y b) la *interpretación.* La sistemática satisface la exigencia teorética de la ciencia del Derecho, fijando la parte conceptual de las teorías y construcciones de esa ciencia. Por esto corresponde a Savigny y a Ihering un lugar de excepción en la historia de la ciencia jurídica, ya que sus *construcciones* dogmáticas dieron un nuevo tono al saber de los juristas, que hasta entonces se debatía entre un ramplón pragmatismo de glosas y

un iusnaturalismo metafísico. *En este campo de la sistemática juega importante papel la lógica,* que trabaja sobre la base de abstracciones, generalizaciones, clasificaciones, definiciones, etcétera.

21.1.1. La sistemática

Las primeras grandes "teorías" jurídicas —como las de la posesión o las versantes sobre la naturaleza de las personas jurídicas— y luego las famosas "construcciones" jurídicas —como la del patrimonio, la de la continuación de la persona del difunto por el heredero, la del enriquecimiento sin causa, etcétera—, fueron el resultado de una tarea lógica de generalización y deducción.

Es indudable que el medio del que la sistemática se vale consiste en el recurso a las operaciones de la lógica formal ya señaladas. Esto es, a nuestro juicio, lo que ha confundido a muchos, llevándolos a sostener que el método jurídico es "lógico-abstracto". La raíz de su error radica en no haberse percatado de que en el *conocimiento jurídico la faena "sistemática" nunca puede ser aislada como totalmente autónoma, pues siempre implica, en forma simultánea, un momento de valoración de "interpretación".* Justamente, los elementos que Savigny denominó *histórico* y *sistemático* se refieren más precisamente a la interpretación y ponen de manifiesto esta relación necesaria entre sistemática e interpretación.

En la sistemática se destaca el elemento *lógico* que señaló, como veremos, Savigny. Este elemento consiste en llegar a construcciones jurídicas de máxima generalidad o "teorías" a partir de las normas suministradas por las fuentes para obtener, por vía deductiva, no solamente las normas que se tomaron como punto de partida, sino también otras no explícitas en las fuentes. Esta tarea fue emprendida tanto por Savigny y sus continuadores, como por los autores de la escuela exegética francesa.

21.1.2. La interpretación

Con respecto a la *interpretación,* corresponde señalar ante todo que no anda descaminado el lenguaje corriente —el del hombre de la calle y de los diccionarios de la lengua— cuando dice que interpretar es *desentrañar* el sentido que algo encierra, sacar ese sentido a la superficie. Por eso los romanos llamaban *interpres* —intérprete, adivino— al que juzgaba de lo venidero por las entrañas de las víctimas.

El legislador utiliza expresiones que supone son inteligibles y conocidas. La verdad es que *los jueces no interpretan las leyes, sino que interpretan o comprenden conductas, a través de ciertos esquemas de interpretación —tipos, estándares—* que son las leyes (normas jurídicas).

Pero si se identifica al Derecho con los textos legales, con las palabras de la ley —como ocurre en las corrientes dominantes— resulta que se interpreta un texto, un conjunto de palabras y el *sentido* que se busca no puede ser otro que el *significado* de esas palabras.

Según este punto de vista, la tarea de interpretación debería limitarse a señalar el significado de las palabras de la ley. Sin embargo, como veremos más adelante, esta tarea no tiene nada de específico, pues el legislador emplea palabras de uso común, u otras a las que les atribuye un significado especial mediante el procedimiento de *definir* su significado. Con la excepción de estos casos especiales, la tarea del jurista no diferiría de la que es propia de un estudioso de la lengua en trance de confeccionar un diccionario; y si ya se dispone de un diccionario autorizado, la tarea del jurista se limitaría a utilizarlo.

Pero aun en esta versión, según la cual *interpretar es interpretar palabras* (de la ley) y nada más que eso, la interpretación no constituye una tarea tan simple como podría suponerse. En primer lugar, porque el sentido de las palabras cambia con el transcurso del tiempo. Y siendo esto así: ¿cuál será el significado que escogerá el jurista? ¿Aquel que tenían las palabras empleadas por el legislador en tiempo de la promulgación de la ley, o el que tienen al tiempo de interpretarlas? Por otra parte, la promulgación de la ley constituye un acto de voluntad del legislador; siendo esto así, ¿deberá el jurista ceñirse a las palabras empleadas o debe considerar dichas palabras como manifestación de la voluntad de legislador y dirigir su atención a esta última?

Finalmente la ley fue promulgada con la finalidad de regular la convivencia del grupo humano, consultando sus necesidades y aspiraciones y para resolver en forma *justa* los casos de posibles conflictos. ¿Debe el intérprete desprenderse de esta finalidad de la ley, de la convivencia que ella pretende regular y de los valores que dan sentido a la conducta de los hombres?

Las palabras empleadas por el legislador constituyen apenas un punto de partida para la interpretación que debemos abordar en este capítulo.

Expondremos el problema de la interpretación, sobre todo en función de la interpretación judicial, con la que ese problema adquiere particular relieve y dramático interés en razón de que los jueces, al individualizar las normas generales, convierten en realidad, en historia, los pensamientos y valoraciones expresados conceptualmente en las leyes y en los libros de Derecho.

Pero antes de entrar al estudio crítico de los métodos de interpretación más difundidos consideramos oportuno señalar, para cerrar el presente párrafo, que a nuestro juicio es errada la actitud de muchos especialistas en las distintas ramas del Derecho —civilistas, constitucionalistas, administrativistas, penalistas— cuando inician la exposición de su disciplina con disquisiciones acerca del método de la misma. En efecto, la ubicación de estos desarrollos en tratados especializados induce al lector a pensar que cada una de las disciplinas jurídicas pueda tener un método peculiar. Habría, así, un método para los penalistas, otro para los constitucionalistas, otro para los civilistas, etcétera. Nosotros repudiamos enérgicamente esta multiplicidad de métodos jurídicos, a la que consideramos como una consecuencia del ciego especialismo y de la falta de preocupación por la teoría general del Derecho de que adolecen con frecuencia los juristas.

La interpretación por la cual se trata de determinar el sentido de conductas individuales (como es el caso de la tarea del juez) o el de conductas genéricas (como es el caso de la doctrina) de acuerdo a patrones objetivos —normas, principios, valores— en una comunidad y en un tiempo dados, constituye una tarea característica propia del Derecho en general (y no de sus ramas o especialidades). Todo ello sin perjuicio de que en ciertas ramas se confiera en esa tarea una mayor gravitación a las normas de origen legal, como ocurre entre nosotros en el derecho penal. Pero ello es así por un principio de rango constitucional. Y es justamente en el derecho constitucional donde los valores y los precedentes (jurisprudencia) pasan a un primer plano en la interpretación; y como en todos los casos se aplica siempre la totalidad del ordenamiento jurídico, resulta claro cuán artificiosa es la pretensión de establecer distintos métodos de interpretación para las distintas especialidades jurídicas.

21.2. SUMARIA HISTORIA DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

En la historia de la ciencia del Derecho, el capítulo referente a los métodos de interpretación no se planteó inicialmente como una cuestión teórica sino que surgió exigido por los hechos, a la zaga de la práctica. Se explica así que los juristas hayan siempre procedido un poco al tuntún en la materia, zigzagueando de un método a otro al azar de su conveniencia circunstancial, sin acertar a explicarse ellos mismos la razón de su versatilidad.

En el fondo de todos los esfuerzos desarrollados por los juristas en torno de este asunto ha latido siempre la esperanza de dar con un procedimiento metódico perfecto, infalible, de cuya aplicación a la ley habría de resultar la única solución correcta. Sin embargo, por poco que revisemos los registros de jurisprudencia, advertimos que ninguno de los procedimientos metódicos sustentados en diversos momentos por los teóricos del Derecho puede aspirar a una situación de monopolio, ya que los jueces no renuncian al derecho de saltar de uno a otro, cuando no de utilizarlos simultáneamente, a mayor abundamiento.

21.2.1. El método gramatical

Posiblemente el más antiguo de los métodos es el llamado *gramatical,* ya que la primera actitud que debió asumir el intérprete cuando el Derecho dejó de ser consuetudinario fue la de atenerse a las palabras del texto escrito de la ley *(ius scriptum).* Tal fue el método por excelencia de los *glosadores,* pues no otra cosa significaban su habitual referencia a la sinonimia y a la etimología de las palabras, o su recurrencia a textos paralelos (especialmente el de la *Biblia*) en los que la palabra dubitada luciera con sentido inequívoco.

Sin embargo, como ya hemos visto, constituye un error creer que una interpretación jurídica puede ser pura y exclusivamente gramatical. Ello fue pronto advertido por todos aquellos juristas a quienes no podía satisfacer la pedestre chatura de la glosa. El interés del jurista en ningún caso puede detenerse en la consideración de la palabra en cuanto tal, porque entonces su actividad se confundiría con la de los filólogos. Las palabras de la ley son "signos significativos". Ahora bien, cuando el legislador recurre a estos signos es porque los supone en alguna medida sabidos, y la tarea específica del jurista o del juez no puede detenerse en la averiguación del sentido gramatical de las palabras, sino que recién empieza cuando las toma en cuenta para conocer el sentido de ciertas conductas.

De ahí el buen sentido que exhiben los juristas angloamericanos cuando erigen a la categoría de principio el aforismo *never cite a dictionary as authority* [2] —nunca se cite a un diccionario como autoridad—. De ahí, también, que ni siquiera los glosadores se conformaran con un método puramente gramatical y esbozaran uno *sistemático* con su *continuationes titulorum,* sus *sumulas* y sus *apatus,* recursos técnicos que los llevaban a vincular entre sí los sucesivos títulos de una recopilación legal, a resumir sus disposiciones y a ensayar algunas construcciones elementales con respecto a ciertas instituciones.

21.2.2. De la codificación napoleónica a la escuela de la exégesis

La cuestión de los métodos interpretativos que, por supuesto, quedó lejos de haber sido solucionada por la posición gramaticalista [3], empieza a hacerse temática en el siglo XIX, después de la codificación napoleónica. Bueno es recordar, sin embargo, que el racionalismo jurídico del siglo

[2] DWEYER, F. X., *Visual Outline of Legal Research,* Cambridge, 1936, pág. 22.

[3] Ya Celso había estampado en el *Digesto* una decisiva crítica al método gramatical: *Scire leges non hoc est, verba carum tenere, sed vim ac potestatem* (CELSO, Fr. 17, *Digesto,* T. I, pág. 3).

XVIII, que creyó colmadas sus aspiraciones con la sanción de los códigos, llegó a sostener en un momento dado que la redacción de leyes perfectas, claras y precisas, habría de suministrar soluciones ya hechas a todas las humanas controversias. En esta forma desaparecería el problema de la interpretación, ya que los jueces quedarían reducidos a una tarea mecánica y automática que no necesitaría el auxilio de ningún comentarista.

A tal punto cuajaron estas ideas que Montesquieu llegó a decir que los jueces sólo son "la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden debilitar ni la vigencia ni el rigor de ella" [4]. Beccaria, por su parte, refiriéndose especialmente a las leyes penales, vedaba a los jueces el interpretarlas creyendo asegurar así las libertades ciudadanas [5]. Finalmente, se dice que cuando Napoleón supo de la publicación de los primeros comentarios al Código de 1804, exclamó: "¡Mi Código está perdido!".

Sin embargo, no bien se sancionaron los códigos, el proceso mismo de su aplicación judicial mostró, con la elocuencia de los hechos, cuán ilusoria había sido la esperanza de que la codificación podía hacer superflua la labor de interpretación. Por supuesto que los juristas de aquella época no alcanzaban a percibir con claridad la razón por la cual se hacía inútil toda tentativa de excluir las interpretaciones.

Frente al hecho consumado de que los códigos eran interpretados, el racionalismo jurídico, ya que no podía evitarlo ni explicarlo en forma conveniente, cambió de puntería y se afanó en la búsqueda de métodos perfectos que, aplicados a las leyes, dieran automáticamente como resultado su verdadera interpretación. Éste fue el objetivo de la llamada *escuela de la exégesis,* que, con el optimismo de la burguesía francesa victoriosa, había levantado los códigos como pilares de su dominación, creía poder circunscribir la esfera de acción de los jueces e intérpretes dentro de márgenes estrechos y consolidar la seguridad jurídica —"su" seguridad— en que estaba interesada por sobre todas las cosas. Por otra parte, la creencia según la cual las leyes sólo brindarían una sola interpretación correcta, a extraerse mediante un método rigurosamente intelectual, se compaginaba a las mil maravillas con la posición antihistórica e intemporal del racionalismo que estaba en el trasfondo de la codificación [6].

No es difícil reseñar los postulados fundamentales que están en la base de la escuela exegética francesa. Su creencia de que la ley, en cuanto obra del legislador, es la expresión suprema y definitiva de un Derecho

[4] MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois,* Lib. XI, Garnier, Paris, Cap. VI, pág. 149; ver también Lib. VI, Cap. II.

[5] BECCARIA, Cesare, *Dei Delitti e delle Pene,* Livorno, 1764, § 4.

[6] HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología del Derecho,* Madrid, 1944, pág. 55.

Natural absoluto e invariable [7], la llevó a erigir en principio cardinal el culto del *texto de la ley* y de la *intención de legislador*. Si el Derecho se resume en la ley, conocer la ley es conocer el Derecho. La interpretación debe tener en cuenta el texto legal y, en caso necesario, la intención del legislador. No corresponde al intérprete indagar las costumbres, las condiciones históricas, sociales y económicas, ni guiarse por el repertorio de valoraciones y convicciones sociales vigentes, pues todo lo que sea ajeno a la razón del legislador es extraño al derecho positivo.

Estos puntos de vista se encuentran expuestos principalmente en los "prefacios" de los primeros grandes comentarios a que dio lugar el Código Napoleón. Algunos de esos prefacios, por el entusiasmo y convicción profunda que trasuntan, constituyen verdaderas profesiones de fe. "Mi divisa, mi profesión de fe —declara Demolombe— es: *¡los textos ante todo!* [8]. El eminente Aubry se expresaba en forma semejante: *"Toda la ley*, en su espíritu tanto como en su letra, con una amplia aplicación de sus principios y un completo desarrollo de sus consecuencias, *pero nada más que la ley*, tal ha sido la divisa de los profesores del Código Napoleón" [9]. Se atribuye al profesor Bugnet haber pronunciado desde su cátedra una frase lapidaria, que ha salvado su nombre del olvido: "No conozco el derecho civil. No enseño más que el Código Napoleón" [10]. Todos los grandes comentaristas del Código Napoleón, hasta fines del siglo XIX, escribieron sus obras monumentales a la luz de estos puntos de vista [11].

En síntesis, puede decirse que la escuela exegética tenía dos caracteres fundamentales. En primer lugar, el *culto del texto de la ley*. En segundo término, en caso de que los textos lo hicieran necesario, la investigación de la *intención del legislador*. En efecto, a juicio de esta escuela frente a un caso concreto el intérprete podría encontrarse en tres situaciones distintas: a) existe una ley clara y expresa; b) existe una ley, pero su

[7] Ver sobre esto AFTALIÓN, Enrique R., *Los Principios Generales del Derecho y la Reforma del Código Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1939.

[8] DEMOLOMBE, Charles, *Cours du Code Napoléon*, T. I, pág. VI, citado por BONNECASE, Julien, *La Pensée Juridique Française de 1804 à l'Heure Présente*, T. I, Bordeaux, 1933, pág. 525.

[9] Discurso pronunciado en 1857 en la Facultad de Derecho de Estrasburgo, citado por BONNECASE, J., *op. cit.*, T. I, pág. 128. Agregaba Aubry: "La misión de los profesores es protestar contra toda innovación tendiente a sustituir la voluntad del legislador por otra que le sea ajena".

[10] BONNECASE, J., *op. cit.*, T. I, pág. 292.

[11] Pueden citarse, entre otros, Merlin, Toullier, Duranton, Aubry y Rau, Demolombe, Demante, Troplong, Marcadé, Baudry-Lacantinerie, etc.

texto es oscuro o dudoso; c) no existe ley sobre el punto. Es necesario analizar estos tres casos separadamente;

a) En los casos de ley *clara y expresa* no habría dificultad alguna. El juez, prescindiendo del juicio que le merezca la justicia intrínseca de la ley, debe aplicarla estrictamente: *dura lex sed lex*.

b) Si el texto legal es *oscuro o dudoso*, el intérprete debe recurrir a la interpretación *gramatical* y a la interpretación *lógica* para establecer su sentido y alcance. La primera es la que se funda en las reglas del lenguaje y de la gramática. La segunda pretende desentrañar, por medio del razonamiento, el pensamiento real, psicológico, del legislador al tiempo de dictar la ley *(mens, ratio, voluntas legis)* y para ello recurre a las notas del codificador, al texto de las discusiones parlamentarias y de los trabajos preparatorios y, en caso necesario, esboza una sistemática al comparar y relacionar el texto en cuestión con el conjunto de las disposiciones relativas al mismo objeto. "La voluntad del legislador es lo que constituye una ley —escribía Demante—. El espíritu del legislador constituye una guía tan segura que a menudo es necesario hacerlo prevalecer sobre sus términos, en el sentido de que no hay que admitir todas las consecuencias autorizadas por la letra de la ley, ni desechar todas aquellas que no resulten de ella clara y necesariamente" [12].

c) El hecho de que *no exista una previsión legislativa* acerca del caso ofrece más dificultades. Pero la ilusión que albergaba la escuela exegética acerca de la omnipotencia de la razón del legislador le impidió, a menudo, percatarse de esas dificultades. Así, por ejemplo, el profesor Valette observaba confiadamente que "se ha legislado tanto, sobre todo en los últimos setenta años, que sería muy extraordinario encontrar un caso completamente al margen de toda prescripción legislativa" [13]. No obstante ello, como era patente que ciertos casos quedaban al margen de la previsión legislativa, la escuela recurrió a dos expedientes: 1) la aplicación de *leyes análogas* y 2) la de los llamados *principios generales del Derecho*. La aplicación de *leyes análogas* se fundaba en una interpretación de *voluntad presunta* del legislador: cabe suponer que, siendo las situaciones iguales, el legislador hubiera consagrado una disposición igual *(ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio)*. Por último, en defecto de leyes análogas, la escuela exegética optó por remitirse a los *principios generales del Derecho*. Precisamente, la invocación de una "voluntad presunta" y la necesidad de admitir el juego de estos "principios generales del Derecho" ponen de manifiesto la quiebra de la ilusión

[12] DEMANTE, citado por BONNECASE, J., *op. cit.*, T. I, pág. 528.

[13] VALETTE, citado por BONNECASE, J., *op. cit.*, T. I, pág. 533.

acerca de la omnipotencia y omnipresencia del legislador, al romper en pedazos la lógica interna del sistema [14].

La postura estrictamente exegética estaba condenada al fracaso porque la faena de desentrañar la voluntad o intención psicológica del legislador, aunque pueda ser una interesante investigación histórica o biográfica, nunca puede ser erigida, con carácter absoluto, en el criterio de verdad para la interpretación, entre otras razones porque hay leyes acerca de las cuales sus autores nada han dicho. Curiosamente nuestro Código Civil fue sancionado en 1870 a "libro cerrado", por lo que los juristas suelen obviar esta dificultad confiriendo a Vélez Sarsfield la dignidad de "el legislador".

Hace tiempo que muchos juristas han intuido el error que implica confundir la tarea interpretativa —que es una comprensión de sentidos valiosos— con una investigación empírico-histórico-psicológica. Por eso, y para no abandonar del todo expresiones a las que estaban habituados, dijeron esos juristas que no se trataba de averiguar la *voluntad del legislador,* sino la *voluntad de la ley*. Pero esto implicaba reemplazar un error por otro, puesto que ya sabemos que las leyes o textos legales no pueden tener voluntad.

Por todo lo expuesto no es de extrañar que los mismos juristas de la escuela exegética cometieran frecuentes infidelidades al método que ella postulaba. Aludimos no sólo a los casos —ya mencionados— en que recurrían a la voluntad "presunta" del legislador y a los "principios generales del Derecho", sino también a la generalizada costumbre de recurrir, para la tarea interpretativa, al empleo de una serie de *máximas o adagios* —llamadas también *reglas para la aplicación de la ley,* que se enuncian generalmente en latín—. Estas máximas —que constituyen a veces verdaderos instrumentos de tortura puestos a disposición del intérprete para obligar a hablar a la ley— poco o nada tienen que ver con la voluntad del

[14] Veamos un ejemplo acerca de cómo la "intención del legislador" nunca puede ser por sí sola criterio decisivo para la interpretación: al sancionarse el Código Penal se aceptó una sugestión hecha por el profesor González Roura, en carta al legislador Rodolfo Moreno, según la cual la *violencia* que caracteriza al delito de *robo* debía especificarse como *violencia física*. Según González Roura, en esta forma se establecía una distinción "sencilla y neta" entre el robo y la *extorsión*, ya que esta última se definiría por la violencia no ya física, sino *moral*. Pero a poco de sancionado el Código se puso de manifiesto que el criterio propugnado por González Roura no era tan neto como éste creía. Ello ocurrió con el caso, tan frecuente, de los asaltantes que amenazan con armas a sus víctimas, consiguiendo en esta forma el dinero que éstas llevan (la bolsa o la vida...). En un principio González Roura, que integraba la Cámara de Apelaciones en lo Criminal de la Capital, consiguió que se calificara a este hecho como extorsión. Pero al poco tiempo la Cámara rectificó el criterio, sosteniendo que se trataba de robos, en razón de que las amenazas contundentes, apremiantes y actuales, no eran meras violencias morales *—o intimidaciones,* que es lo que exige el delito de extorsión— sino *violencias físicas.*

legislador, pues se trata, casi siempre, de principios que se supone gobiernan un razonamiento correcto. Pero como veremos, ellos no constituyen auténticas reglas de inferencia lógica, se contradicen unos a otros y, en definitiva, sólo sirven para revestir de un ropaje respetable lo que el intérprete valora como solución adecuada.

Citaremos como los más difundidos los siguientes:

Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (donde la ley no distingue, no debemos distinguir). Se expresa en esta regla que si la ley está enunciada en términos generales, el intérprete no debe hacer distinciones para aplicarla en unos casos y en otros no. En otros términos: que la extensión de un concepto genérico atrapa a todas sus especies.

Cessantes legis rationes, cessat ejus dispositio (cesando las razones de la ley, cesa su disposición). Este adagio es una excepción al anterior. Una ley, aunque concebida en términos generales, no se aplica a los casos que si bien comprendidos en su letra no fueron tenidos en vista por el legislador. Pero decidir cuándo termina de aplicarse la regla y entra a jugar la excepción, es algo que no puede decidirse por regla o principio alguno.

Qui dicit de uno negat de altero; inclusione unius fit exclusio alterus (lo que se dice de una cosa, se niega de otra; la inclusión de una excluye a la otra). Esta regla es el llamado *argumento a contrario sensu* y se usa para demostrar que si la ley se refiere a un caso dado, lógicamente no comprende a otros. Pero en rigor de verdad, este argumento no prueba nada, pues si el legislador menciona un caso y no otro no quiere forzosamente decir que haya querido excluir de la disposición legal este último.

Argumentum a potiori (con mayor razón todavía). Según este argumento, si en el supuesto *a,* debe ser *b* en atención a ciertas cualidades de *a,* y si *c* posee esas cualidades en mayor grado aún, la razón dice que en el supuesto *c* debe ser *b, a potiori.*

Una variante a este razonamiento es el argumento *a maiori ad minus* (el que tiene derecho a lo más, lo tiene para lo menos). Hoy en día todas estas reglas, después de haber gozado de excesivo predicamento, se encuentran en franco descrédito tanto en los círculos científicos como en los forenses.

Así, es notorio que se han formulado aforismos impecables pero absolutamente contradictorios. De tal modo, a *dura lex* se ha opuesto *scire leges non est verba carum tenere, sed vim ac potestem* (saber de leyes no consiste en atenerse a sus palabras, sino a su fuerza y alcance); al *ubi lex non distinguit...,* el *qui bene distinguit, bene iudicat;* etcétera.

21.2.3. La escuela dogmática

Puede decirse que al generalizarse el recurso a estas argumentaciones aforísticas, reducibles en última instancia a *operaciones lógicas,* la es-

cuela exegética, que en su inicio implicaba una posición filosófica *empírico positivista (positivismo de la ley)* —por apuntar ante todo a datos empíricos: las palabras de la ley y la intención psicológica del legislador— se tiñe de *racionalismo* y se transforma así en *escuela dogmática* (positivismo de las normas). La escuela dogmática no considera a los textos legales como hechos empíricos, sino como sustentáculo de significaciones objetivas desprendidas del legislador que las formuló, capaces de ir suministrando cada vez nuevas soluciones según las circunstancias y la manera como se las maneje.

Corresponde a Savigny, sin duda, el mérito de haber puesto las bases de la escuela dogmática al mostrar que, para el jurista, las leyes no son hechos sino significaciones lógicas, que en su coordinación y subordinación *sistemática* con otras integran un ordenamiento total en el sentido que el despliegue de sus virtualidades lógicas alcanza todos los casos jurídicos posibles [15].

Es sabido que Savigny incardinó el Derecho en la historia, sosteniendo que es un producto del espíritu del pueblo *(Volksgeist)* y que evoluciona y se transforma sin cesar. La costumbre sería la fuente primaria del Derecho, y para darle más fuerza y exactitud el Estado la concretaría en la ley, así relegada al papel subordinado de espejar el Derecho que mana del espíritu popular. Pero el que el objeto, los materiales de la ciencia del derecho sean empíricos, no quiere decir que deban ser elaborados *(método)* empíricamente, sino que esa elaboración científica ha de ser racional, lógica, sistemática. Mientras los exégetas ponían la tónica de la interpretación en una investigación empirista de datos empíricos —las palabras de la ley y la intención del legislador, en cuanto hechos— la posición dogmática saltó al extremo opuesto, considerando a la ley no como un dato empírico sino como una significación objetiva, lógica, esto es, como razón.

[15] "Si las fuentes son insuficientes para la solución de una cuestión de Derecho debemos subsanar esta laguna, pues la universalidad del Derecho es una condición no menos esencial que su unidad" (SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Traité de Droit Romain,* Paris, 1955, nro. 42).

Hernández Gil y Cossio han subrayado el carácter *lógico* y *racionalista* de la posición *dogmática* señalando, de paso, que no debe dar margen a confusiones la circunstancia de que Savigny sea también calificado de historicista. Lo que ocurre es que Savigny es historicista en cuanto al problema ontológico del Derecho —puesto que al Derecho como objeto lo radica en la historia—, pero es racionalista en cuanto al problema gnoseológico, que no se pregunta por el ser del Derecho sino por la índole de la creencia jurídica. Para Savigny, *el Derecho es una ciencia de experiencia* —por versar sobre un *objeto real,* histórico—, *pero es también una disciplina racional,* por cuanto elabora *(método)* racionalmente sus materiales, y no empíricamente, como ocurría con la escuela exegética. Se advierte aquí el error metodológico de Savigny: tratar objetos reales con un método inadecuado para esta clase de objeto. Cfr. sobre esto COSSIO, Carlos, "El sustrato filosófico de los métodos interpretativos", *J.A.,* del 3-VI-1940, nro. 1; *id.,* "La valoración jurídica y la ciencia del Derecho", revista *Universidad,* nro. 8, Santa Fe, 1941, pág. 44, y HERNÁNDEZ GIL, A., *Metodología...,* cit., págs. 79-82.

Con estos antecedentes no es de extrañar que la escuela dogmática, en vez de afanarse en el análisis gramaticalista de las palabras de la ley, o en el de la intención del legislador, centrara su atención en la tarea de *considerar al ordenamiento jurídico en tanto que totalidad sistemáticamente estructurada,* cuyas partes —las normas aisladas— se vinculan entre sí y reciben su sentido del todo en el que se insertan. De ahí que con la escuela dogmática nazcan las primeras grandes "teorías" jurídicas —como las de la posesión, o las versantes sobre la naturaleza de las personas colectivas— así como magistrales "construcciones" [16], que intentan dar cuenta de la realidad jurídica en términos conceptuales por medio de procesos racionales de abstracción, comparación, clasificación y generalización, tendientes a desarrollar coherentemente los principios legales hasta las últimas consecuencias e implicaciones lógicas.

Sentada por la escuela dogmática la tesis de que las leyes no son, para el jurista, hechos empíricos, a investigar empíricamente, sino significaciones lógicas, es natural que para el manejo de estas significaciones la escuela propugnara recurrir a operaciones de *lógica formal.* Cundieron así las deducciones, los razonamientos *a contrario,* por analogía y *a potiori,* y las subsunciones silogísticas por las cuales los casos concretos —los *cas d'espèce,* como decían los *arrêtistes* (glosadores de fallos) franceses— eran incardinados dentro del género legal.

Pero surgía además, al menos para aquellos juristas a quienes su posición dogmática no impedía columbrar que el Derecho no se agota en las normas sino que es un objeto de experiencia, el problema de que la ciencia jurídica tomara contacto con la realidad empírica del Derecho, con su vida. Justamente en cuanto a este problema cabe anotar que se estuvo muy lejos de la unanimidad en la manera de encararlo. Savigny, por lo mismo que consideraba al Derecho como expresión del espíritu del pueblo, admitía la legitimidad de una investigación *histórica* [17] que atendiera

[16] El recurso a las "construcciones" jurídicas ha sido desde entonces vastamente utilizado por los científicos del Derecho. Basta con recordar, a este respecto, la que se refiere al patrimonio, de Aubry y Rau, la de la continuación de la persona del difunto por el heredero, la del enriquecimiento sin causa.

[17] Según Savigny, interpretar una ley es reconocer su verdad; en otros términos, la ley sometida al criterio de nuestra inteligencia debe parecernos verdadera. Esta operación es indispensable para toda aplicación de la ley a la vida real, y precisamente en este carácter de necesidad constante se funda su legitimidad. La interpretación no está restringida, como muchos creen, al caso accidental de la oscuridad de la ley aunque, en este caso, tiene más importancia y mayores consecuencias.

la *intención del legislador,* pero entendiéndola no tanto como intención psicológica o biográfica sino como índice del complejo histórico-cultural de convicciones, valoraciones e ideas en que ese legislador actuó. Al dictar una ley se hace un acto positivo de legislación —decía Savigny— pero es también negativo en cuanto deroga el Derecho anterior, con lo que surge la necesidad de tener en cuenta, entre otros elementos de juicio, el Derecho que se deroga [18].

En síntesis, Savigny sostiene que en la interpretación de la ley deben distinguirse cuatro elementos: el *gramatical,* el *lógico,* el *histórico* y el *sistemático.* El elemento *gramatical* se refiere a las palabras de las que se ha servido el legislador para transmitirnos su pensamiento, esto es, el lenguaje de las leyes. El elemento *lógico* estriba en la descomposición del pensamiento del legislador para establecer las relaciones entre las distintas partes que lo componen. El elemento *histórico* trata el Derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dictada; determina el modo de acción de ésta y los cambios que ha introducido. Por último, el elemento *sistemático* representa el vínculo íntimo que liga las instituciones y reglas de Derecho en una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento es necesario que nos expliquemos claramente la

[18] Bastantes años después de Savigny, otro eminente jurista, Raymond Saleilles, vino a completar y a temporalizar, en cierto sentido, al historicismo con su método llamado *de la evolución histórica.* Saleilles, de conformidad con ideas tradicionales, sigue creyendo que la ley es la base y la fuente de todo sistema jurídico. Pero —dice Saleilles— la ley debe aplicarse no sólo a los antecedentes y las exigencias económicas y sociales que motivaron en un momento dado su sanción, sino también a las nuevas exigencias determinadas por la evolución social. Para ello es necesario interpretarla con un método científico, que no considere a los textos como mera expresión de la voluntad del legislador o de las necesidades económicas y sociales que provocaron su sanción. Mientras las escuelas tradiciones vinculaban la ley a la voluntad del legislador —o, por lo menos, a la del complejo cultural en que se generó—, Saleilles *confiere a los textos una vida propia e independiente de esos antecedentes,* de los que se emancipan al ser promulgados. Las leyes se vinculan, es cierto, a las necesidades que las hicieron surgir, pero como éstas se transforman, debe elegirse entre las varias significaciones de los textos legales las que estén más en armonía con esas transformaciones. El método de Saleilles preconiza recurrir a los elementos externos de la ley, a las costumbres, "a las necesidades de la vida económica, a las concepciones morales, a las modificaciones de las relaciones sociales" (SALEILLES, Raymond, *Introduction au Droit Civil Allemand,* Paris, 1904, pág. 101).

Saleilles sigue creyendo en la primacía de la ley, pues considera a las demás fuentes únicamente como principio de interpretación de esta última, que sólo tienen valor por su vinculación con ésta. A la fórmula de Demolombe "¡Los textos ante todo!" contrapone Saleilles la siguiente: "Más allá del Código Civil, pero por el Código Civil".

acción ejercida por la ley sobre el sistema general del Derecho y el lugar que aquélla ocupa en este sistema.

Conviene anotar que la contribución de Savigny a la metodología jurídica no consistió solamente en la introducción de los elementos histórico y sistemático, sino también en subrayar que no se trataba de cuatro procedimientos a elegir, sino de *elementos* que deben cooperar todos en una única interpretación.

21.2.4. La jurisprudencia de conceptos y la de intereses

No obstante los esfuerzos de Savigny por mantener contacto con la vida histórica del Derecho, los elementos logicistas —ahistóricos— de su teoría terminaron por pasar a primer plano, especialmente en sus discípulos. En esta forma y por una singular desviación, del seno mismo del historicismo surgió un nuevo racionalismo jurídico tan ahistórico como la posición iusnaturalista, aunque moviéndose en un plano distinto del de ésta: el del *dogmatismo conceptualista* que definió a la escuela, también denominada *jurisprudencia de conceptos.*

Poco después de Savigny, Ihering, haciéndose cargo de los peligros que implicaba el abuso de los procedimientos *lógico-abstractos,* tal como los manejaba el movimiento llamado *de la jurisprudencia conceptual (Begriffjurisprudenz),* no vaciló en alejarse de esta orientación que él mismo prohijara en su juventud. Para ello introdujo en el Derecho la noción de *fin, finalidad* o *télesis* —ya transparente en su célebre definición del derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido—, la que alcanzó extraordinaria difusión bajo la etiqueta de *método teleológico* de interpretación y, con algunas variantes, con lo que se llamó después *jurisprudencia de intereses (Interessenjurisprudenz)* de Max Rümelin, Felipe Heck, Schwinge, Grunhüt, etcétera [19].

La expresión "fin de la ley" no puede tomarse al pie de la letra, pues hablando con propiedad solamente los seres humanos pueden proponer fines. Sin embargo, no solamente los legisladores que la dictaron sino también el conjunto de los súbditos que ajustaron espontáneamente sus conductas a la ley, persiguen finalidades que son consideradas valiosas por la comunidad, todo a lo largo del tiempo en el que la institución reglada normativamente funciona y sirve a los propósitos de los intereses coincidentes con la finalidad que es socialmente aprobada [20].

[19] Puede verse IHERING, Rudolf von, *El Fin en el Derecho,* Heliasta, Buenos Aires, 1974.

[20] La jurisprudencia teleológica y de intereses ha tenido la virtud de superar el formalismo y acercar el Derecho a la vida. Entre nosotros ha sido receptada en la doctrina del abuso del derecho en la reforma al Código Civil de 1968, art. 1071.

21.2.5. Gèny y la libre investigación científica

Entre los juristas latinos, aquel cuyas teorías en materia de fuentes de Derecho y de interpretación ha alcanzado más extraordinaria resonancia ha sido, posiblemente, François Gèny. Especialmente en Sudamérica han logrado enorme difusión sus teorías, a las que algunos todavía consideran como expresión de modernidad sin tener en cuenta que ha pasado mucha agua bajo los puentes de la teoría del Derecho desde que Gèny empezó a publicar sus producciones, en los mismos linderos entre la pasada centuria y la presente. La verdad es que Gèny, no obstante sus imprecisiones, sus errores y hasta sus *devaneos sociológicos, iusnaturalistas y metafísicos,* merece especial consideración por cuanto fue, al menos en el orden cultural latino, el desencadenador de un proceso de lucha contra el positivismo legalista y por un Derecho vivo, enraizado en la vida misma.

La tesis fundamental de Gèny, que lo separó decididamente de las teorías clásicas, fue su afirmación de que *la ley no es la única fuente del Derecho*. Reconoce que la ley es la más importante de las fuentes, pero sostiene que cuando no legisla expresamente un problema, en vez de torturarla para extraerle la solución, es necesario buscar esa solución en otras fuentes. Al lado del derecho legal estatal existe un mundo de producción jurídica que se adapta a las transformaciones de la vida social y que debe ser estudiado por una *libre investigación científica* [21].

De acuerdo con el método de Gèny, el intérprete debe *recurrir en primer término a la ley.* Para determinar su sentido y campo de aplicación, el método de interpretación consiste en indagar la voluntad del legislador en el momento de su sanción. A tales fines, Gèny admite dos procedimientos complementarios entre sí: la interpretación por la *fórmula del texto* y la interpretación con ayuda de *elementos exteriores a la fórmula* (trabajos preparatorios, antecedentes históricos y de legislación comparada, ideas jurídicas).

Pero puede suceder: a) *que no exista una ley* para el caso, o también b) *que la existente haya dejado de ser aplicable* por haberse modificado las condiciones previstas por el legislador. En estos casos el intérprete *debe recurrir a las demás fuentes de Derecho:* en primer lugar, a las que Gèny llama *formales* (la costumbre, la autoridad —o sea la jurisprudencia y la doctrina modernas— y la tradición —o sea la jurisprudencia y la doctrina antiguas—) y, en defecto de éstas, a las fuentes *no formales (naturaleza positiva* de las cosas, *elementos objetivos revelados por una libre investigación científica).* En esta última situación Gèny confiere al juez una función noble, que es la de formular la ley a falta de ley, la de "formar su decisión de Derecho según las mismas vistas que serían las del legislador, si éste se propusiera reglar la cuestión" [22]. El juez debe elaborar la regla jurídica sobre la base de una investigación libre y científica que descubra y contemple los *elementos objetivos,* derivados de la naturaleza positiva de las cosas (procedimiento de la analogía, elementos derivados de la vida social) en que debe fundarse la regla jurídica.

Cabe observar que Gèny, no obstante sus grandes aciertos, desemboca en el *iusnaturalismo* cuando preconiza la investigación libre de los elementos racionales y objetivos, y que no alcanzó a hacerse cargo cabalmente del papel que corresponde a la *valoración jurídica* como ingrediente material y necesario de la experiencia jurídica, que al ser recreada por el juez vivifica los contenidos dogmáticos de la ley, sin necesidad de prescindir de los mismos [23]. Es claro que al remitirse a la costumbre, Gèny franqueaba acceso indirectamente a las valoraciones ambientales, pero no hay que olvidar que tanto el legislador como el juez pueden, en ciertos casos, romper contra esas valoraciones, inaugurando nuevos criterios axiológicos.

Pese a todas estas reservas, y como prueba de la feliz acogida que alcanzaron las teorías de Gèny, citaremos el artículo 1° del Código Civil suizo que realizó, en parte, las postulaciones del jurista francés, al establecer que *la ley rige todas las materias a las cuales se refiere la letra o el espíritu de una de sus disposiciones. En todos los casos no previstos por la ley el juez decidirá según la costumbre y, en defecto de ésta, según las reglas que establecería si tuviere que obrar como legislador. Se inspirará para ello en la doctrina y jurisprudencia más autorizada.*

Las investigaciones lógico-lingüísticas y la necesidad de la interpretación. Al margen de los aspectos o momentos *valorativos* que se encuentran siempre explícita o implícitamente presentes en la interpretación —según lo explicaremos más abajo—, algunos sectores de la teoría jurídica contemporánea tienden a destacar, sobre bases puramente *lógicas y/o lingüísticas,* el carácter *necesario,* ineliminable, de la interpretación. Y ello es así porque tanto en el sistema del precedente *(common law),* como en el sistema del derecho legislado, queda siempre un amplio margen de ambigüedad y/o vaguedad en relación con qué aspectos del

[21] François Gèny formuló sus doctrinas en un libro célebre, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif,* cuya 1ª ed. es de 1899. Luego prosiguió la aplicación de sus ideas en su importante *Science et Téchnique en Droit Privé Positif,* 4 vols., París, 1914-1924.

[22] GÈNY, F., *Méthode...,* T. II, pág. 77.

[23] Cfr. COSSIO, C., *El Derecho...,* cit., pág. 115.

precedente son los que deben ser seguidos, o cuáles son los límites de aplicación de la norma general consagrada en la ley. Se trata, en otras palabras, del conocido tema de que los *conceptos jurídicos* acuñados para dar cuenta de una realidad, de hechos de experiencia, ofrecen forzosamente el carácter de *tipos puramente empíricos,* aproximativos, en los cuales siempre —como posibilidad— algún carácter del objeto, no tenido en cuenta inicialmente, puede revelarse luego como decisivamente relevante para incluir o excluir un caso de la "definición" legal. *Los términos jurídicos, en suma, por más esfuerzos que hagan los juristas para darles un carácter definitivo y cerrado, no se parecen a los de la geometría, sino que participan de los del lenguaje común, que presenta una textura abierta que consiste, precisamente, en esa característica por la cual se encuentran siempre dispuestos a recibir* (o excluir) notas que no hayan entrado en su primitiva concepción. Para usar una imagen: existe una zona iluminada de aplicación indudable del concepto y una zona negra de no aplicación indudable, pero entre ambas se extiende toda una zona de diversos matices de gris en la cual resulta dudosa la aplicación del concepto. La decisión, en estos casos, se logra en la práctica por consideraciones de tipo valorativo [24].

[24] Cfr. CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 46. Dice agudamente Levi: "En un sentido importante las reglas jurídicas no son nunca claras, y si una regla tuviese que ser clara antes de que pudiera aplicársela no podría haber sociedad. El mecanismo del razonamiento jurídico acepta las diferencias de criterio y las ambigüedades de las palabras. Admite la participación de la comunidad en la eliminación de esas ambigüedades, al proporcionar un foro para el examen y la discusión de las cuestiones valorativas dentro del ámbito que aquéllas dejan abierto... El mecanismo del razonamiento jurídico es indispensable para la paz de una comunidad. Su esquema básico es el del razonamiento mediante ejemplos, esto es de caso a caso... Estas características (que en otras circunstancias serían consideradas imperfecciones) se hacen evidentes si contemplamos el proceso jurídico como si fuese un método para aplicar reglas generales a hechos diversos; en otros términos, como si... las reglas generales, una vez que han sido determinadas en forma adecuada permanecieran inmutables y se aplican luego... a casos. Si éste fuese el verdadero significado de la doctrina, sería perturbador ver que las reglas cambian de un caso a otro y son reformuladas en cada uno de ellos. Sin embargo, este cambio constituye la indispensable cualidad dinámica del Derecho. Tiene lugar porque el alcance de una regla, y por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos que serán considerados similares a aquellos que se dieron cuando la regla fue enunciada por vez primera. La determinación de semejanzas y diferencias es función de cada juez (LEVI, Edward, *Introducción al Razonamiento Jurídico,* Buenos Aires, 1964, págs. 9 y 10). Si bien las reflexiones de Levi están formuladas en relación al sistema del *common law*, lo esencial de ellas es también aplicable al derecho legislado, como lo pone de relieve el mismo Levi en los Caps. III y IV de su libro dedicados, respectivamente, a estudiar el razonamiento jurídico en la aplicación de leyes propiamente dichas *(statutes)* y en la aplicación de la Constitución norteamericana.

21.3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN. INTELECTUALISMO Y VOLUNTARISMO. LA POSICIÓN DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

21.3.1. La pretensión de los métodos. Crítica

Si tuviéramos que señalar algún *rasgo común de todos los métodos* de interpretación que hemos reseñado, diríamos que ese rasgo debe verse en la pretensión, por todos ellos perseguida, de constituir *el* método por excelencia, la receta infalible apta para extraer de la ley *la* única decisión correcta a través de un proceso estrictamente *intelectual* en que el intérprete sólo pondría a contribución su entendimiento, aunque no su voluntad. Pero ocurre que, en los hechos, ninguno de los métodos tradicionales ha demostrado ser capaz de desplazar totalmente a los otros, lo que se pone de manifiesto cuando se repara en que se han ido acumulando más que reemplazando, de lo que es buena prueba el caso, relativamente frecuente, de los jueces y doctrinarios que, para reforzar sus conclusiones, invocan la concordancia de los resultados obtenidos por los más diversos procedimientos metódicos.

En oposición al punto de vista tradicional, Hans Kelsen advirtió que cada vez que hay que aplicar una norma de grado superior, el aplicador —el legislador, cuando se trata de la Constitución; el juez, cuando se trata de la ley— se encuentra con que esa norma superior prevé no sólo el *procedimiento* para la producción de la norma inferior —ley o sentencia— sino también en alguna medida el *contenido* de la norma a producirse. Pero ocurre que esta determinación nunca es completa, porque siempre la norma superior deja al que ha de aplicarla un margen de apreciación más o menos amplio, lo que hace que esa norma deba ser considerada como una suerte de *marco de posibilidades* dentro del cual el aplicador puede moverse sin salirse de la legalidad. Es que —señala agudamente el maestro vienés— hasta las órdenes que pretenden llegar al detalle tienen que dejar al ejecutor una multitud de determinaciones: si el órgano A dispone que el órgano B detenga al súbdito C, el órgano B ha de decidir, según su criterio, cuándo, dónde y cómo se realizará la orden de detención, decisiones éstas que no pueden ser todas previstas por el órgano que da la orden.

Kelsen señala que *esa relativa indeterminación* de las normas a aplicar puede ser: a) *intencionada:* por ejemplo, en el caso de los delitos reprimidos con penas paralelas (prisión o multa) o con penas elásticas (un mes a un año de prisión), o en el de las leyes sanitarias que facultan a las autoridades administrativas para tomar, en caso de epidemia, las "precauciones necesarias", quedando a criterio de estas autoridades la determinación de cuáles son esas precauciones, lo que variará según las enfermedades: b) *no inten-*

cionada: alude con esto Kelsen a la circunstancia de que, por un inevitable sino, las normas generales contienen conceptos genéricos (o de clase) cuya aplicación a casos individuales presenta una zona de incertidumbre que no puede eliminarse por medios lógico-racionales. Se trata, como habrá advertido el lector, del mismo problema que hemos tratado con mayor precisión en el punto precedente. Con la diferencia de que Kelsen no admite que el marco se da realmente en la zona de penumbra.

Esto lo lleva a sostener que, si por interpretación se entiende la verificación *(Festtellung)* del sentido de la norma a aplicarse, el resultado de esa actividad sólo puede desembocar en la verificación del marco que representa la norma y, por tanto, en el conocimiento de las posibilidades varias que están dadas dentro de ese marco. En conclusión, Kelsen afirma que todas las escuelas tradicionales se equivocan por cuanto se colocan en una posición unilateralmente *intelectualista,* según la cual el intérprete puede encontrar, con el solo juego de su entendimiento y sin el concurso de su voluntad, la única decisión correcta, cuya rectitud estaría fundada en la ley misma. En esa forma se desconoce —dice Kelsen— que *el juez, al optar* dentro del margen de posibilidades que le brinda la ley, *ejerce un acto de voluntad* y es, en este sentido, *creador de Derecho,* creador de normas individualizadas [25].

La contribución de Kelsen para el esclarecimiento de la índole de los actos de interpretación ha sido extraordinaria, sin duda, al superar en esta forma tan decisiva el intelectualismo de las escuelas tradicionales. Pero ocurre que al llegar Kelsen al momento en que se hace preciso optar, dentro del marco de las posibilidades legales, por aquella que ha de convertirse en realidad con la sentencia, dice que todos los métodos interpretativos son "ideologías" y que la elección de uno de ellos no es algo que pueda decidirse con criterios *científicos,* sino sobre la base de un acto puramente político-axiológico.

21.3.2. Aportes de la teoría egológica

¿Es ineludible dejar el problema en el punto en que lo dejó el maestro vienés? ¿No sería acaso posible avanzar más allá de Kelsen y mostrar que hay elementos de juicio que pueden suministrar bases "científicas", para elegir según los casos unos métodos y descartar otros? Éste es el lugar en que se inserta el esfuerzo de la teoría egológica del Derecho.

[25] De acuerdo con lo que se ha expuesto resulta justificado el calificativo de *voluntarista* que Kelsen atribuye a su concepción acerca de la índole de los actos de interpretación.

Cossio ha intentado superar en este punto a la teoría pura en razón de haber *incorporado a la cuestión las conquistas de una adecuada teoría de los objetos* o, en una versión más modesta, una indagación sobre los objetos mentados (referentes) en las palabras de la ley.

Ella le permite, en lo que al problema interpretativo se refiere, iluminarlo desde dos puntos de vista. En primer término, se advierte que las referencias dogmáticas que contienen las leyes no son todas iguales, pues tanto pueden remitirnos a objetos ideales (como un guarismo) como a objetos naturales (como la avulsión) o a objetos culturales (como lo obsceno). Esto ya pone sobre aviso de que *la faena interpretativa, si pretende ser científica, ha de tener en cuenta la índole de estos objetos* y subordinarse, en su caso, a las ciencias que los estudian. Sin embargo, como veremos todavía, esta subordinación no es absoluta dado que las normas regulan siempre conducta.

En segundo lugar, el *interés de los juristas no puede detenerse en el conocimiento de las referencias dogmáticas de las leyes que versa, en definitiva, sobre el objeto que ellas mentan, objeto que consiste,* para la egología, *en conducta en interferencia intersubjetiva.* Ahora bien, como esta conducta es, dentro de la teoría de los objetos, un objeto de experiencia, y valioso para más datos, resulta ahora claro que el intérprete, sin perjuicio de haber utilizado en una etapa previa los métodos referidos más arriba, no puede dejar de recurrir en definitiva a un *método empírico-dialéctico, que procura valorar y comprender esa conducta* yendo dialécticamente de su sustrato material —por eso el método se califica de "empírico"— hacia el ideal histórico positivo perfilado por las leyes y capaz de darle *sentido.* En esta forma se advierte ahora, nítidamente, la verdad de la tesis ya referida según la cual los juristas no interpretan los preceptos contenidos en las leyes; éstos, en cuanto puros conceptos, son universales lógicos, y nada gana el jurista con ponerse a averiguar la infinidad de situaciones que pueden abarcar. Lo que interesa al jurista es saber a cuáles hechos de conducta deben ser referidas concretamente las normas legales, y esto ya no es una tarea exclusivamente lógica por las razones que hemos dado precedentemente. Sin embargo, el juez no debe fallar según sus convicciones personales, sino que debe hacerlo de conformidad con las valoraciones vigentes en la sociedad, y en esto Cossio destaca un punto que constituye ya una superación del voluntarismo estructurado kelseniano. Pues efectivamente pueden investigarse con objetividad las valoraciones vigentes en un grupo sociocultural, aunque estas investigaciones no alcancen el grado de precisión propio de las ciencias exactas.

Refiriéndose al caso especial de la ciencia penal, Enrique R. Aftalión ha expresado, hace ya algún tiempo, conceptos paralelos a los de Cossio.

Aludiendo a las relaciones del derecho penal con otras disciplinas dijo que, por ser una disciplina valorativa, "no puede ser confundido con ciencias naturales causal-explicativas tales como la antropología, la biología, la psicología, etcétera. Pero esto no impide que los datos suministrados por todas estas disciplinas *entren en el campo jurídico,* en la medida en que el Derecho los valora, haciendo de ellos uno de los términos de una relación normativa. Por ejemplo, cuando el Código Penal argentino establece en su artículo 34, inciso 1°, que no es punible "el que no haya podido en el momento del hecho... por insuficiencia de sus facultades... comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones", valora datos —en el caso, la noción de "insuficiencia de facultades"— que son proporcionados por la psiquiatría o la psicología, pero que se incorporan de tal modo a la esfera de lo jurídico [26].

En conclusión, cabe repetir que el objeto a conocer por los juristas —así sean legisladores, jueces o doctrinarios— es siempre conducta, y solamente conducta. Existen algunos juristas que, en su amable eclecticismo, estarían dispuestos a reconocer que la ciencia del Derecho se ocupa de la interpretación de conductas, siempre que se les conceda que tienen también por objeto la interpretación de la ley, el averiguamiento del sentido de las referencias legales. Pero ni siquiera esta transacción contemporizadora es admisible, porque las *palabras utilizadas por el legislador* —p. ej., cuando dice "21", u "honestidad", o "demente", o "noche"— *no son, para el jurista signos gramaticales que requieren interpretación, sino significaciones que se suponen conocidas,* ya sea por el común de las gentes —esto es lo deseable— ya sea por ciertos círculos técnicos en otro caso [27]. Es claro que como los juristas no son omniscientes, puede ocurrirles —y de hecho les ocurre, en efecto, con frecuencia— que no conocen a fondo el significado de ciertas expresiones de la ley, lo que los obliga a una investigación previa al respecto. Es el caso del penalista que recurre —en una suerte de reenvío— a los datos que le proporcionan la psicología o la psiquiatría, pero que recién actúa como jurista cuando, teniendo en cuenta esos datos, interpreta conductas humanas en interferencia intersubjetiva cuyo sentido valioso procura comprender. Piénsese, por ejemplo, en el concepto de lo que es la alienación mental. Es indudable que los juristas pueden verse obligados a ahondar en el campo de la psiquiatría para estar bien informados al respecto, pero ello únicamente les ocurre con motivo de ciertas conductas de gentes que se interfieren y cuyo sentido jurídico es lo que específicamente les interesa establecer.

26 AFTALIÓN, E. R., "Los principios...", cit.

27 Cossio ha desarrollado acabadamente esta idea con la distinción entre *saber y conocimiento,* oponiéndola a la idea de que el juez también interpreta la ley (COSSIO, Carlos, "Reflexiones sobre la ley como saber y la conducta como el objeto interpretado al dictarse una sentencia", *L.L.,* 111-1015).

21.4. LA VALORACIÓN JUDICIAL EN LA INTERPRETACIÓN. LA INTERSUBJETIVIDAD COMO CONDICIÓN DE OBJETIVIDAD DE LA VALORACIÓN. IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA

21.4.1. Carácter necesario de la valoración

Todo cuanto acaba de exponerse acerca de que la interpretación judicial, cualquiera que sea el "método" a que recurra, implica una toma de posición axiológica, hace ver que la *valoración judicial es un ingrediente del que no puede prescindirse —como lo hacían todas las teorías tradicionales— al analizar teoréticamente la cuestión de la interpretación.* A tal punto es así que corresponde reiterar aquí que los jueces no sólo valoran conductas, sino que también valoran las leyes, puesto que eligen —en un acto de decisión valoradora— aquéllas de las normas del ordenamiento jurídico que consideran "aplicables" al caso. Pero no sólo eso. Después de seleccionada la norma que consideran adecuada para dar sentido al caso, los jueces o juristas proceden con frecuencia a ampliarla o restringirla, según los casos, por el juego de distinciones no mencionadas por la misma.

Un antiguo ejemplo, que tomamos de Reichel y de Radbruch, permite hacer ver hasta qué punto es extraordinaria la relevancia que tiene la valoración judicial de la norma: "En una sala de espera está colgado un cartel que reza: *Debe dejarse fuera a los perros.* Un día aparece un hombre que lleva un oso y se pregunta si puede hacer entrar consigo a su peludo acompañante. Considera que lo que se refiere al perro resulta también adecuado para el oso; y si fuera un jurista afirmaría que este resultado lo extrajo del cartel mediante una conclusión por analogía: el oso no puede entrar porque es, como el perro, un animal. Mas, ¿por qué se ha servido cabalmente de la conclusión por analogía y no de la conclusión contraria que le hubiera dicho al revés: el oso puede entrar, porque es un oso y no un perro? Ciertamente, porque esta conclusión es el resultado de su resultado: uno no se decide a favor de un medio de interpretación hasta que no ha visto el resultado a que conduce" [28]. Se trata de una especie de *test* de la razonabilidad de la interpretación.

Lo que en el ejemplo puesto ha ocurrido, en el fondo, es lo siguiente. La norma "debe dejarse fuera a los perros", concebida en cuanto pura significación lógica —que, como tal, no se "comprende" sino que se "inte-

28 RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Ciencia del Derecho,* Madrid, 1930, pág. 156.

lige"—, ofrece desde luego la particularidad de poder abarcar indefinidas posibilidades. Por ejemplo, sin contradicción alguna podría entendérsela restrictivamente en el sentido de que sólo se refiere a los perros grandes, o peligrosos, o sucios, o bien podría ampliársela, por analogía, de modo que abarque todo cuadrúpedo —perro o no— que reúna estas últimas características. Quiere decir que, frente a un caso concreto, el *juez tiene forzosamente que valorar la norma —eligiéndola primero y luego extendiéndola o restringiéndola— y esa valoración ha de hacerla en función de la valoración de cierta realidad de conducta.*

21.4.2. Utilidad de los "métodos": la fuerza de convicción de la decisión judicial

Si la interpretación implica un acto de valoración, ello significa que *no hay por qué excluir a priori ninguno de los viejos métodos de interpretación, puesto que no se puede descartar la posibilidad de que la valoración correcta, objetiva, dotada de fuerza de convicción, pueda obtenerse por el juego del más vetusto de ellos.* Supóngase, por vía de hipótesis, que a principios de este siglo el legislador hubiera sancionado una ley reprimiendo las exhibiciones obscenas, y que la pertinente exposición de motivos o discusión parlamentaria mencionara al tango —en aquel entonces, socialmente descalificado— como ejemplo de tales exhibiciones. Es evidente que nada habría que objetar al juez que, en esos mismos años, hubiera recurrido al método exegético —la voluntad del legislador— para justificar su aplicación de la ley a los que bailaren el tango en público. Su interpretación aparecerá dotada de todos los requisitos de la más rigurosa cientificidad. Sólo que ello ocurre no por ser exegética, sino porque en ese caso la exégesis es camino que conduce a la objetividad axiológica. Del mismo modo parece natural que si la misma ley debiera ser aplicada en nuestros días, ningún juez se atendría a los resultados de la investigación de la voluntad del legislador —puesto que esto no reflejaría las valoraciones hoy vigentes— y buscaría otros fundamentos para su decisión.

Además se advierte, ahora sin dificultades, el error de las concepciones tradicionales, en cuanto insistían en querer reducir la sentencia judicial a un silogismo en el cual la ley sería premisa mayor, el caso a subsumir en la misma por deducción actuaría de premisa menor, y la sentencia ocuparía el lugar de conclusión. Estos puntos de vista no reflejan fielmente todo lo que es el proceso de aplicación de la ley y de interpretación judicial, pues olvidan decirnos, por lo pronto, cómo es que frente a un caso concreto surge la norma que va a desempeñar el papel de premisa mayor. En otros términos, se omite reconocer que para que pueda hablarse de subsunciones es previo un momento valorativo por el que se elige, dentro del repertorio del ordenamiento jurídico, la norma apta para dar el sentido del caso. Así, por ejemplo, en la hipótesis de que alguien pretenda entrar a un cierto local acompañado por un oso, de seguro que el dueño del local o el portero se opondrá a la entrada del animal, sin molestarse en indagar si existen disposiciones específicas que lo prohíban, y con todo derecho, pues es de sentido común que el animal, cuando menos, provoca alarma en los parroquianos presentes. Si ya el caso es llevado a los tribunales el juez podrá encontrar la disposición específica que se refiere a los perros y aplicarla *a potiori*.

La comprobación de que el sentido del caso ha de ser dado por un precepto que dice "debe dejarse fuera a los perros" importa ya una elección y una valoración que hace el juez.

21.4.3. El juez y la interpretación

Todo esto nos lleva a un problema tremendo. Se trata de lo siguiente: si la interpretación judicial está integrada por la propia conciencia axiológica, concreta e histórica, del juez —ya que no hay interpretación sin intérprete—, si, en otros términos, el juez no es espectador sino protagonista de los actos de interpretación, *¿cómo no es posible hablar en esta materia de conocimiento "científico", "verdadero", "objetivo", dotado de fuerza de convicción constrictiva?* Cossio sostiene —y nosotros compartimos su opinión— que estas calificaciones son legítimas en razón de que es aplicable a la valoración judicial la teoría de Husserl, para quien *lo objetivo* viene a ser *lo intersubjetivo trascendental.*

"Cuando Husserl afirma que lo objetivo viene a ser lo intersubjetivo trascendental, quiere decir que lo objetivo se fundamenta en el hecho gnoseológico de que el punto de vista desde el cual se contempla algo esté constituido por *la posibilidad* de que eso que es así para mí, sea también así para todos los demás: ...lo intersubjetivo aparece aquí como fundamento de lo objetivo, no primariamente porque haya plural acuerdo sobre el hecho que vamos a conocer sino que, como lo básico y fundamental, el punto de vista debe ser de tal naturaleza que sea posible a todos los demás colocarse en él, cosa previa al hecho de que los demás consigan ver igual que yo".

"Si no hay intersubjetividad en el punto de vista, no vamos a poder hablar nunca de lo objetivo: y lo objetivo en su desarrollo será aquello que así es para mí, para ti, para todos los demás; siendo claro que este acuerdo posible sobre el objeto presupone la intersubjetividad del punto de vista" [29].

[29] COSSIO, C., *El Derecho...*, cit., pág. 155. Ver también HUSSERL, Edmund, *Médiations...*, cit.

Pero esto, igual que en la línea Habermas-Apel, nos da sólo la posibilidad de objeti-

Suponga el lector que es juez del crimen y que debe fallar el caso de un sujeto que, en una aldea, ha dado muerte a otro en circunstancias en que este otro escalaba los cercados de la casa del homicida, poco después de la puesta del Sol (recuérdese que el art. 34, inc. 6°, Cód. Pen., presume, que quien rechaza un escalamiento, mediando nocturnidad, obra en una situación de legítima defensa).

¿Qué debe hacer, entonces, el juez? Pues, sencillamente, comenzar tomando contacto con el caso, tal como se ha dado en la *experiencia,* en la realidad concreta, es decir como un *todo o* complejo unitario de circunstancias de hecho. Pero el juez debe referir esas circunstancias de hecho a las que enuncia la ley. Y es obvio que sólo una *toma de posición* axiológica le permitirá afirmar, por ejemplo, que en una aldea ya es de noche en seguida de puesto el Sol, mientras que en una gran ciudad la noche puede comenzar mucho más tarde, pues el criterio de solución no lo da solamente el reloj, sino también la prosecución o suspensión de las actividades sociales, dato que depende, forzosamente, de la valoración del intérprete [30].

Corresponde recordar en este lugar todo lo que hemos dicho acerca de la *valoración judicial* —la que hacen los jueces—. Tratándose del propio juez la comprensión que hace del caso lo involucra a punto tal que él debe decidir acerca de su propia conducta, debe decidir cómo debe fallar, cuál debe ser el contenido de la sentencia que dictará.

En el caso del juez su propia ecuación anímica, su modo de ser, su ideología, ha de teñir forzosamente el acto de conocimiento, el objeto a conocer, y el conocimiento que se logre.

En suma, resulta ahora que *si queremos saber cómo es, entrañablemente el saber de los juristas, no nos queda más remedio que tener en cuenta el modo de ser de los propios juristas, en cuanto personas,* esto es, en cuanto entes que hacen su propia vida con libertad, bajo el signo de los valores. En otros términos, nos vemos abocados al ingente problema de analizar la vida plenaria, al menos en la medida necesaria para saber si sus ingredientes son racionales o irracionales, o de ambas especies.

Con respecto a este nuevo problema, corresponde señalar que hace tiempo que la crítica filosófica ya no se aquieta con la vieja afirmación,

vidad en valores y/o discurso práctico. Es todavía necesario alcanzar la objetividad fundada en una sociedad y en un tiempo determinado. Sobre esto son destacables las investigaciones de Perelman y Peschenick.

30 Hemos planteado, a título de ejemplo, la cuestión de la nocturnidad, en recuerdo de que ya Enrique Ferri —el ilustre penalista italiano— recurriera a ella para ejemplificar la necesidad de que los penalistas se mantuvieran fieles a la observación de la vida social. Sólo que Ferri no alcanzó a percatarse de que esa observación del jurista difiere de la que piden las ciencias naturales.

oriunda del pensamiento griego, que veía en el hombre un animal racional. Es sabido que desde fines del siglo pasado la filosofía ha debido soportar la indiscreta irrupción de una serie de teorías e interpretaciones de la vida, de índole crudamente irracionalista, que en algún instante amenazaron con una especie de desborde y caos [31]. En el momento actual, el pensamiento filosófico parece haber encontrado una adecuada solución al problema, consistente en ver las cosas tal como son, en reconocer sin escandalizarse el formidable fondo irracional de la realidad, y en tratar de afrontarlo sin abandonarse totalmente a él. En esta forma se ha terminado, por una parte, remozando la vieja idea pascaliana de que no hay una manera única de acceder a los distintos objetos con que se enfrenta el sujeto cognoscente, y por otra viendo en el hombre un ente en cuya existencia conviven componentes irracionales junto con otros de índole racional [32].

Si ahora, teniendo en cuenta el estado actual de la antropología filosófica, según lo hemos reseñado sintéticamente, retornamos al tema que nos interesaba, que era el análisis del conocimiento por comprensión que ejercitan los juristas, es forzoso llegar a la conclusión siguiente: *si el conocimiento por comprensión ha de estar teñido por la ecuación personal del sujeto cognoscente, ello significa que en el saber de los juristas debemos encontrar, juntos, ingredientes racionales y otros irracionales.*

Parece que lo irracional está en el conocimiento sobre los valores, y que esto impregna el conocimiento jurídico en la medida en que el deber hacer, que es su objeto, se refiere a un futuro aún no hecho y no sólo al pasado donde puede hallar la respuesta en las fuentes. Pero entonces tenemos que ahondar en la incompatibilidad última de valores últimos [33].

31 Puede verse ROMERO, Francisco, "Sobre la filosofía contemporánea", en *Papeles para una Filosofía,* Buenos Aires, 1945, pág. 139.

32 Puede verse, en este sentido, CASSIRER, Ernst, *Antropología Filosófica,* F.C.E., México, 1945, pág. 59; NICOL, Eduardo, *La Idea del Hombre,* F.C.E., México, 1946, pág. 42; COSSIO, Carlos, "El principio *nulla poena sine lege* en la axiología egológica", *L.L.,* del 28-XII-1947.

33 Lo que yo digo no es esto en absoluto, sino que, *puesto que algunos valores pueden chocar entre sí de manera intrínseca, la idea misma de que en principio tenga que ser posible descubrir un modelo en el que estén todos ellos en armonía, está fundada en una idea* a priori *falsa de cómo es el mundo.* Si tengo razón, y la condición humana es tal que los hombres no pueden siempre evitar las decisiones, éstos no pueden evitarlas, no solamente por las razones evidentes que rara vez han olvidado los filósofos —a saber, porque hay muchas maneras posibles de obrar y muchas formas de vida que merecen la pena, y, por tanto, porque el elegir entre éstas forma parte de ser racional y ser capaz de hacer juicios morales—, sino también por *una razón fundamental (que es, en el sentido corriente, conceptual y no empírica): a saber, porque los fines humanos chocan entre sí, porque no se puede tener todo al mismo tiempo. De donde se sigue que la idea misma de una vida*

Por lo que hace a los ingredientes lógico-conceptuales, ya sabemos bien en qué consisten. Son los *tipos o figuras, los datos dogmáticamente impuestos* al intérprete por las *fuentes* del Derecho vigente. Ahora bien, no cuesta trabajo admitir que en este lado del saber jurídico es manifiesto el señorío de la razón objetiva y de la lógica. Frente a un caso concreto, el intérprete no puede elegir, dentro del repertorio del ordenamiento jurídico, las normas que él quiera, sino aquellas que son objetivamente aptas para suministrar el sentido del caso. Echando mano de un ejemplo un tanto grosero diríamos, por ejemplo, que ante un homicidio el juzgador no puede ni pensar en aplicarle las normas referentes a la estafa o el encubrimiento, porque experimentaría, en caso de intentarlo, la *vivencia de una contradicción (como vivencia de una ilegalidad).*

21.5. CARÁCTER NECESARIO DE LA INTERPRETACIÓN

Debemos destacar la necesidad de la interpretación. Esto es absolutamente necesario porque existe un muy difundido prejuicio según el cual sólo deben interpretarse las leyes o normas "oscuras"; las leyes "claras" se aplicarían sin necesidad de interpretación alguna. Esta concepción no es correcta [34]; toda norma, como se verá, necesita *siempre* ser interpretada. No hay normas que, por ser "claras", escapen a la interpretación. El fundamento que damos a la necesidad de la interpretación tiene un cuádruple apoyo, es así ontológico, axiológico, gnoseológico y lógico. Cada uno de estos fundamentos será examinado, por separado, en los subpuntos siguientes.

21.5.1. Fundamento ontológico: la conducta es siempre individual

El fundamento ontológico viene dado por la característica específica de la tarea del juez —asignar sentido jurídico a la conducta— y por el carácter ontológico que la conducta presenta: el ser siempre individual. Los hechos de conducta son siempre hechos individuales, únicos, se dan en un lugar determinado y una sola vez en un tiempo dado, no pueden ser totalmente previstos, en todos sus detalles, por ninguna norma. Fíjense ustedes que si siempre hay más en lo dado (el hecho presente) que en lo conocido, cuánto más habrá en lo dado (el hecho individual de conducta), que en lo previsto (el caso general merituado por la norma).

Esta necesidad ontológica de la interpretación se advierte al analizar el proceso que remata en la sentencia, la cual asigna un sentido específico e individual a un caso de conducta también individual. Sabemos que la primera Constitución da fundamento a una segunda Constitución; ésta, a su vez, da fundamento a las leyes que en su consecuencia se dicten, estas leyes lo dan a los decretos o reglamentos. En este proceso, a medida que descendemos por la pirámide jurídica hacia normas de menor jerarquía, tenemos que va aumentando la especificación de ellas, pero esta especificación de las normas generales siempre va a contemplar múltiples conductas posibles, salvo las normas individuales —y en cierto sentido sólo las sentencias lo son— que contemplan un único caso concreto. Este contemplar múltiples casos de conductas posibles hace necesario que para pasar de la indeterminación general que toda norma general implica a la especificación concreta de la sentencia, deba realizarse una tarea de interpretación de la norma general. A cualquier grado de especificación que se haya llegado con la norma general, siempre faltará algo para llegar a comprender el caso concreto que se presenta con una multiplicidad de facetas imposibles de prever de antemano.

En la concepción del Derecho como proyecto-programa comunitario resulta aún más patente la necesidad ontológica de la interpretación. En el caso del juez, él debe obviamente reasumir el proyecto-programa comunitario, asumir autónomamente la heteronomía. Esta última le está dada en las normas generales (legales, consuetudinarias, jurisprudenciales, etc.). Pero por más que el juez asuma de buena fe esa heteronomía, lo ya dado de la programación y proyección resulta meramente preparatorio con respecto al momento decisivo: el de su concreción o realización. La anticipación del futuro propio de todo proyecto-programa llega por necesidad a su presente en el que la libertad se plasma en las cosas, en el *en sí*, y queda como pasado congelada como en sí también ella misma. En este momento decisivo de tránsito del deber ser al ser, el juez crea por necesidad Derecho. Él programa y proyecta por y en nombre de la comunidad. Asumiendo el ser de los hechos efectivamente ocurridos (al menos los hechos del proceso) él efectúa el tránsito del deber ser al ser asumiendo su propia vida como parte de la proyecto-programación comunitaria. Él

---

ideal en la que no sea nunca necesario perder o sacrificar nada que tenga valor, y en la que todos los deseos racionales (o virtuosos, o legítimos de cualquier otra manera) tengan que poder ser satisfechos de verdad, no es solamente una idea utópica, sino también incoherente (BERLIN, Isaiah, *Libertad y Necesidad en la Historia*, Revista de Occidente, Madrid, 1974, pág. 48 [la bastardilla es nuestra]).

[34] Lo incorrecto de este perjuicio no es casual, sino ideológico. Es la expresión teórica del deseo de sujetar al juez lo más estrechamente posible a la expresión normativa, llegándose, como se ha llegado, al absurdo de sostener que si la ley es "clara" y consagra para el caso una injusticia notoria, el juez está obligado a aplicarla sin mayor miramiento, aunque se excuse con el adagio "dura lex, sed lex". Esto oculta lo que el dato de la experiencia jurídica presenta día a día: que el juez debe buscar la norma que realiza el valor "justicia".

realiza o hace real ese proyecto dictando sentencia, es decir, fallando, programando —en otras palabras— la conducta de las partes, diciendo qué debe ser esa conducta (si conforme lo pide el actor, según lo pide el demandado o incluso, eventualmente, de alguna tercera manera). En suma, existe siempre una distancia ineludible entre la proyección-programación adelantada en los sentidos generales o genéricos de conducta y la proyección-programación de una concreta conducta individual. Esta última se hace siempre a partir de hechos dados asumidos en forma más o menos sistemática, pero asumiendo siempre la infinidad de lo fáctico. Cubrir la distancia entre el programa anticipatorio y genérico dado (hasta el día de hoy) y el concreto programar-proyectar de una conducta determinada (hoy mismo) para que este programa concreto se agregue a aquél como una parte congruente del mismo (congruente-coherente: métodos "lógicos"; congruente-desarrollo natural: métodos "histórico-sociales") es la tarea infinita de la interpretación.

Por su parte, el jurista, en tanto haga ciencia dogmática (normativa), es decir, en tanto su papel sea el de un perito expositor intrasistemático del Derecho (de la proyección-programación comunitaria) deberá: 1°) repetir —quizás en forma más ordenada— las mismas palabras contenidas en las expresiones normativas en que se ha concretado la programación comunitaria, y 2°) conceptualizar, es decir, formular en palabras, las partes de la proyección-programación comunitaria que no han alcanzado un grado total de explicitación. En esta última tarea, aparte de lo poco que pueda avanzar por la técnica de eliminar expresiones contradictorias, deberá, por fuerza, hacer lo mismo que el juez, vale decir, explicitar el programa comunitario por remisión a soluciones (deber ser) recomendadas o recomendables en relación a situaciones reales y/o imaginarias (p. ej.: cuando al abogado se lo consulta respecto de la viabilidad de alguna conducta novedosa en un campo legal complejo o imperfectamente regulado).

21.5.2. Fundamento axiológico de la interpretación

Como ha hemos visto en el capítulo destinado a la valoración jurídica, toda proyección-programación va guiada por la búsqueda de la mejor posibilidad contenida en la situación. En lo que hace al tema de la interpretación, esto significa que en la actualización de la proyección-programación comunitaria que hace el juez concretamente para cada caso (independientemente de la mayor o menor precisión que sobre dicha concreción le puedan estar dando las normas generales), de las posibilidades que están dadas en la situación y que se le presentan al juez (algunas pueden no presentársele por sus prejuicios, dogmas, etc., que le impiden verlas), alguna va a estar ya clamando realización como la mejor.

La explicitación que el juez haga de la programación comunitaria, ya adelantada en las normas generales y, sobre todo, la prolongación o ensanche del programa comunitario que él lleva a cabo a través de su sentencia, van a estar gobernados por esa visión de la mejor posibilidad del caso (mejor, desde luego, desde el punto de vista de la comunidad con la cual se identifica al asumir el programa-proyecto comunitario).

Pero, como ya se destacó más arriba al mostrar que alguna posibilidad objetivamente contenida en la situación puede no presentársele ni siquiera al juez, la presentación y determinación de la mejor posibilidad no es una tarea total o exclusivamente racional susceptible de pleno esclarecimiento. Se encuentra en esa situación típica de la valoración en que se integran una intensidad emocional y cierta racionalidad. Tanto en el aspecto emocional que está en la base, como en la clarificación racional que aspira a introducir orden y congruencia en los sentimientos e impulsos, se supone que el juez está atemperado a la sociedad en la que vive y que, más aún, es un representante caracterizado o conspicuo de la misma apto para formular la programación comunitaria para los casos concretos de conducta.

Hemos visto ya que la justicia, valor a realizar en toda decisión judicial, exige que casos iguales reciban igual trato. Pero, como hemos destacado precedentemente, los hechos de conducta son siempre distintos unos de otros. Puede tener muchos rasgos semejantes o, incluso, iguales, pero siempre van a tener facetas que los diferencian. Por ello, frente a dos casos de conducta hay que determinar cuáles son los rasgos a considerar como predominantes para desechar los otros por ser "no relevantes", hecho lo cual podrá decidirse si ambos son o no "iguales". Esta tarea que exige la elección de ciertas facetas de un hecho de conducta para configurarlas como "caso" es, también, una tarea de interpretación.

Claro está que esto que hemos dicho para el valor justicia (valor totalizador en la concepción egológica) comprende también, implícitamente, la realización de cualquier otro de los valores que integran el plexo de los valores jurídicos, ya que la justicia se remite a cada uno de ellos. Solamente la conjugación armónica (justa) de todos los valores en la forma en que ellos inciden en los hechos de conducta permite dar a éstos un sentido jurídico convincente.

21.5.3. Fundamento gnoseológico de la interpretación

La búsqueda del sentido jurídico objetivo de las conductas, que se concreta como conceptuación de éstas, está guiada por la idea (kantiana) de una conceptualización totalizadora que articule todos los casos posibles. Esta idea regulativa de la conceptuación de la conducta implica que

cada caso que se haya presentado o pueda presentarse reciba su sentido jurídico, el cual debe ser igual al de los otros casos que son iguales y distintos al de los casos diferentes.

La idea que gobierna la dación de sentido a los casos individuales es la idea de una totalidad que abarca todos los casos habidos y por haber, los cuales tendrán, cada uno, una solución específica que se integre armónicamente al sistema. Y esta idea totalizadora exige necesariamente la interpretación, puesto que si aparece un caso como no previsto por el ordenamiento, igualmente ha de requerir su sentido jurídico, sentido que se le asignará como resultado de una tarea del juez (interpretación) por la cual ubicará al caso en cuestión lo más armónicamente posible dentro del sistema.

En virtud de esa idea totalizadora mencionada, habrá que desarrollar al máximo posible la ciencia del Derecho a fin de especificar detalladamente todas las instituciones jurídicas, las reglas generales para cada ámbito, las excepciones a esas reglas, etcétera. Pero, en cuanto aparece un caso no previsto por esas instituciones, aparece, desde el punto de vista gnoseológico, la necesidad de la interpretación. Necesidad que se expresa por la exigencia de que el caso no puede quedar sin sentido jurídico. Esta necesidad de la interpretación es "gnoseológica" porque es consecuencia de la idea de totalidad que preside la actividad de asignar sentidos jurídicos, y ya sabemos que la unidad del objeto conocido es un presupuesto gnoseológico.

21.5.4. Fundamento lógico de la interpretación

Este fundamento está dado por la indeterminación relativa de las normas generales. Toda norma general determina siempre cierto ámbito, pero deja *siempre* cierto ámbito indeterminado. En virtud de esta indeterminación que implica toda norma general se hace absolutamente necesaria una tarea de interpretación, para decidir si un caso concreto cae o no dentro del ámbito regulado por la norma. Esto lo vamos a ver, detalladamente, en los cuatro subpuntos siguientes:

i) El carácter de tipos empíricos de los conceptos normativos (textura abierta del lenguaje)

Con esto queremos decir que, como los conceptos que se utilizan en las normas generales están tomados de un lenguaje que no está absolutamente determinado sino que tiene lo que se denomina una "textura abierta", resulta que las normas, por esa razón, traen aparejada la misma indeterminación que implica el lenguaje con el cual se las expresa. La mayoría, si no todos los hechos, son descritos en forma puramente aproximativa y, con excepción de los objetos ideales, no se ofrecen como esencias bien delimitadas que el concepto pueda describir exhaustivamente. Estos hechos son "tipos empíricos", a los cuales sobre la base de ejemplos claros se les ha asignado cierto nombre, pero con respecto a ellos nace la incertidumbre no bien aparece alguna de las variedades del tipo empírico que no se ajusta del todo a la "normalidad" del tipo, sin apartarse de ella en una forma total.

Esto puede verse con claridad con algunos ejemplos. Sobre la base del color de la piel y de algunas características étnicas, se acuñó el concepto "hombre negro". Uno sabe distinguir bien un negro de un blanco cuando el individuo que se presenta se ajusta a la generalización que dio lugar al concepto "negro". Pero resulta que entre el hombre negro y el hombre blanco hay toda una gama continua de casos, y en algunos de ellos no se sabe bien si se trata de uno u otro. Hay mulatos de piel blanca, hay blancos de piel oscura, hay cuarterones, etcétera. Cuando se trata de determinar si uno de esos casos dudosos cae o no dentro del concepto "negro", hay, sin duda, una tarea de interpretación.

Lo que acabamos de decir para los conceptos de "negro" y "blanco", vale exactamente igual para otros conceptos que, aunque parecen estar perfectamente definidos, *por ser tipos empíricos,* permiten la aparición de casos en los cuales no hay una definición clara. Tomemos los conceptos de "hombre" y "mujer". Aparentemente la diferencia que hay entre estos dos conceptos nos permite una distinción clara y definida sin lugar a dudas, pero no siempre es así. Hay casos de bisexualidad (los hermafroditas) en los cuales el sujeto presenta en forma equilibrada órganos de uno y otro sexo; en esos casos, ¿qué normas se deben aplicar? ¿las relativas a los hombres o las relativas a las mujeres? Se trata de un caso de indeterminación, o "zona gris" que debe ser superada por la tarea del intérprete, el cual atendiendo a las circunstancias especiales del caso, elegirá uno u otro conjunto de normas [35].

ii) La inclusión expresa o implícita de elementos valorativos

Las normas generales suelen incluir, de una manera expresa, elementos valorativos, y quien debe aplicar esas normas generales debe, necesariamente, fijar el alcance y significado de esos conceptos valorativos, y esto es también tarea de interpretación.

Nuestro Código Civil dice que no son válidos los actos celebrados en contra de la moral y de las buenas costumbres. ¿Qué actos afectan la mo-

[35] Ver *supra,* Cap. 21, pto. 21.2.5.

ral? ¿Cuáles son las buenas costumbres? Obviamente, la respuesta a estos interrogantes la da el intérprete de la norma frente a cada caso concreto.

También podemos citar ejemplos de elementos axiológicos que aparecen en la norma no tan expresamente, como cuando el Código Civil dice que el mandatario debe poner en los negocios del mandante el mismo cuidado que pondría en los suyos propios, deja al intérprete la tarea de determinar cuál es el cuidado que cada uno debe poner en sus propios negocios para hacérselo extensivo al mandatario. Cuando dice que el locatario debe usar la cosa locada "de acuerdo con su destino" sucede exactamente lo mismo. También el intérprete debe especificar el sentido axiológico respecto de un caso concreto cuando se encuentra con una norma que dice que el depositario debe guardar la cosa depositada como "un buen padre de familia".

En síntesis, toda vez que la norma incluye expresa o implícitamente elementos valorativos, la interpretación se impone para determinar el alcance, en el caso concreto, que debe dársele a esos elementos axiológicos [36].

iii) La pluralidad de normas aumenta el área de indeterminación (procedimientos de compatibilización sistemática de diversas normas)

La cantidad, cada vez mayor, de normas generales hace aumentar paradójicamente el grado de indeterminación. Si el ordenamiento constase de una única norma jurídica, la interpretación vendría a ser necesaria por las dos razones examinadas precedentemente: la textura abierta del lenguaje y la inclusión expresa o implícita de elementos valorativos, pero cuando el número de normas aumenta, y llega a hacerse muy grande, resulta que aparece un nuevo motivo que hace necesaria la interpretación.

[36] La descripción minuciosa de todas las variantes posibles en una situación dada y de las consecuencias prescriptas para cada una de dichas variantes, *aunque fuese posible* para la finita inteligencia humana sería de extremada a infinitamente tediosa e insumiría también un tiempo desde excesivo a infinito. Tenemos una vivencia de esta verdad cada vez que tenemos que habérnoslas con reglamentaciones excesivamente minuciosas que —aunque no ofrezcan fallas (y suelen ofrecerlas)—, a la postre nadie entiende —pues ni siquiera nadie se molesta en leerlas— salvo, quizás, una computadora bien programada, para la cual funcionan como *instrucciones* precisas.

Y puesto que es imposible preverlo todo, más vale dejarlo al buen criterio del que tenga que conducirse, ya sea omitiendo toda referencia, ya utilizando palabras que como "razonable", "adecuado", "suficiente", "existencia digna", etc., permitan bastante abiertamente el uso del prudente arbitrio del agente.

Aquí puede verse nuevamente cómo lo axiológico sirve para cubrir la distancia entre el concepto proyectar-obrando y la programación respecto del mismo. Ver sobre este punto y el precedente la cita de Levi, *supra,* nota 24.

Cada caso se resuelve siempre mediante la creación de una norma individual, pero ésta se crea aplicando el ordenamiento todo. Podemos usar una imagen que dio Cossio para entender este fenómeno: el ordenamiento jurídico gravita sobre el caso concreto de la misma manera en que el peso de una esfera sobre su punto de apoyo, si bien la esfera toma contacto con la superficie en la que se encuentra en un solo punto, en ese punto gravita el peso de la esfera toda. Del mismo modo, el ordenamiento jurídico gravita en la solución del caso. Si bien el juez va a resolver el conflicto planteado mediante una norma individual, en su sentencia van a gravitar la Constitución Nacional, los códigos de fondo, las leyes procesales, las normas jurisprudenciales, etcétera.

En otros términos, la interpretación es también necesaria por el hecho de que el juez puede y debe hacer una construcción jurídica para resolver su caso. Él tomará una pluralidad de normas y las ordenará de tal manera que le permitan fundar en ellas objetivamente la norma individual que es su sentencia. Este armonizar que se realiza eligiendo unas normas y dejando de lado otras es, sin duda, una tarea de interpretación.

Si, como caso extremo, suponemos que dos normas establecen soluciones contradictorias, es obvio que el juez al componerlas en un todo puede llegar a distintas soluciones según dé prevalencia a una u otra de estas normas. Sin llegar a tal extremo, si una norma establece que son válidos los intereses pactados entre acreedor y deudor en las obligaciones que tienen por objeto dar una suma de dinero y otra norma establece que son nulos los actos contrarios a la moral y las buenas costumbres, frente a un caso en el que se haya pactado, por ejemplo, un interés del 50% anual, el juez podrá llegar a estas soluciones: 1) declarar dicho interés válido; 2) declararlo nulo; 3) limitarlo a una tasa menor.

iv) El razonamiento mediante ejemplos

El razonamiento mediante ejemplos, que consiste en comparar casos concretos ya resueltos con casos a resolver para determinar la solución de estos últimos, no lo tenemos en nuestro sistema jurídico (continental) tan a la vista como aparece en el sistema del *common law.* No obstante, en ambos sistemas juega un papel igualmente importante.

Cuando queremos superar la indefinición que presenta la norma general, determinar si nuestro caso cae o no dentro de ella, debemos razonar mediante ejemplos. Es decir, examinar los casos que se han incluido en ella y compararlos con el que debemos resolver. Si ya se ha decidido un caso similar en un sentido, obviamente es muy probable que en el nuestro se decida en el mismo sentido. Pero, para comparar el caso a resolver con el caso ya resuelto debemos, necesariamente, realizar una tarea de interpretación. Naturalmen-

te los términos a comparar han de tener muchos aspectos que los diferencian y algunos que los asemejan, el decidir si son determinantes los aspectos semejantes para considerar a ambos casos iguales, o determinar si no lo son para considerarlos diferentes, exige —necesariamente— interpretar.

v) Sistemática e interpretación. Remisión

Según hemos visto en 21.1., la sistemática y la interpretación son dos áreas que se coimplican y complementan. Ambas integran el método jurídico; por ello, el examen de una de ellas no resulta completo si se omite una referencia a la otra.

La sistemática es la expresión de la exigencia de totalidad y unidad que toda ciencia tiene. Mediante ella se van ubicando y vinculando, en una arquitectura lógica, las diversas soluciones que prevé expresamente el ordenamiento jurídico y aquellas que, aunque no están previstas, son una derivación lógica de las que sí lo están. Por su parte, la interpretación mantiene en vilo por un lado la totalidad del ordenamiento jurídico, ordenado y enriquecido por la sistemática, y por otro lado los hechos que efectivamente han sucedido y que reclaman un sentido jurídico. Así la interpretación se ejerce respecto de ambos términos: del ordenamiento y de los hechos.

En la interpretación se ponen de alguna manera en relación el universo simbólico y significativo que es el conjunto de normas, con la conducta como caso concreto que efectivamente ha ocurrido. Como la *interpretación* se efectúa tanto respecto de las normas como de los hechos de conducta, caben dos sentidos diferentes de este término. Uno de ellos hace referencia al asignar al caso concreto un sentido jurídico, el otro a desentrañar el sentido que brindan las normas. Este último sentido es el que da lugar a que se hable de "interpretar la Constitución", "interpretar la ley", etcétera; esto alude a la determinación del sentido brindado por esas normas y a los límites de ese mismo sentido en función del caso concreto que se considera.

Pero la interpretación propiamente dicha implica ambos sentidos: es la aplicación al caso del sentido que le corresponde en función del ordenamiento y la interpretación del ordenamiento en función del caso. Se comprende ahora que la interpretación en función del caso implica la tarea de la sistemática. Como ésta organiza el conjunto de normas, estructura lógicamente los conceptos jurídicos que debe utilizar el intérprete, y gravita en la labor de asignar el sentido jurídico al caso concreto.

CUARTA PARTE

TEORÍA GENERAL APLICADA AL DERECHO ARGENTINO

CAPÍTULO 22

APLICACIÓN DE LA LEY EN RELACIÓN AL TERRITORIO Y AL TIEMPO

CAPÍTULO 22

APLICACIÓN DE LA LEY EN RELACIÓN AL TERRITORIO Y AL TIEMPO

22.1. APLICACIÓN DE LA LEY EN RELACIÓN AL TERRITORIO

22.1.1. Generalidades

Regularmente, las relaciones jurídicas se desenvuelven en todos sus elementos bajo el imperio de un solo orden jurídico, que es también el orden jurídico que confiere potestad al órgano (juez) que ha de juzgar,en definitiva el caso concreto si éste se somete a resolución estatal. En estos casos, ninguna duda cabe sobre la ley que debe regir la conducta de los particulares ya que un solo ordenamiento jurídico resulta posible.

Pero puede suceder —y sucede con cierta frecuencia— que el ordenamiento jurídico del cual recibe el juez su investidura no sea el mismo que aquel bajo cuyo imperio se han desenvuelto todos o algunos de los elementos de la relación jurídica. Se habla entonces de derecho internacional privado [1] como disciplina científica, o de *conflicto de leyes* [2] aludiendo al núcleo de problemas estudiados por dicha disciplina, esto es: *la*

[1] Del derecho internacional privado como rama de la ciencia jurídica, pero en rigor esta denominación es incorrecta ya que el tema se refiere en términos generales a relaciones jurídicas que pueden no ser propias del Derecho privado, como ser el Derecho penal, procesal, etc.

[2] Denominación y concepto predominantes en la doctrina anglosajona criticados certeramente por Kelsen: "...suelen definirse como el conjunto de normas jurídicas que tienen que ser aplicadas a un conflicto entre dos sistemas de Derecho, a propósito de la solución de cosas que tienen contacto con más de un territorio". Pero en rigor no hay tal conflicto de leyes: "...los tribunales encuéntranse obligados en ciertos casos, determinados por su propio Derecho, a aplicar normas de otro orden jurídico, es decir, el Derecho de otro Estado". El precepto extranjero se convierte entonces en norma del orden jurídico del Estado cuyo órgano lo aplica; sólo que, en lugar de reproducirlo textualmente en su contenido, dicho orden jurídico se limita, en una forma abreviada de legislación, a hacer "referencia" o "remisión" a las normas de otro ordenamiento (KELSEN, H., *Teoría General*, cit., págs. 255-257).

determinación de la ley aplicable a un caso con elementos extranjeros [3]. Como, de acuerdo con una norma sumamente importante de derecho internacional público contemporáneo, los *ámbitos de validez* de los ordenamientos jurídicos estatales se determinan por su *territorio* [4], y atento que el imperio del Estado no va más allá de los límites de su territorio, este mismo problema del derecho internacional privado puede ser también aludido con la denominación que se usa en este capítulo: *aplicación de la ley en relación al territorio*.

Desde otro punto de vista, también es posible que el ordenamiento jurídico vigente para el juez no sea el mismo que aquel bajo cuyo imperio se han desenvuelto los elementos de la relación jurídica, y esto pese a que, desde el punto de vista *territorial* o del derecho internacional, el ordenamiento sea el mismo. Esto ocurre cuando una ley nueva viene a reemplazar a una anterior. El conjunto de problemas a que da lugar esta situación constituye lo que se denomina por algunos derecho transitorio (o mejor aún, *intertemporal*) *conflictos de leyes en el tiempo* por otros, *retroactividad o irretroactividad de la ley* por los más. En el presente capítulo se engloban estas cuestiones bajo la denominación genérica de *aplicación de la ley en relación al tiempo*.

Mientras el tema de la aplicación de la ley con relación al territorio ha dado lugar, como hemos dicho, a una disciplina científica a la que se ha conferido jerarquía de rama del Derecho, el tema de la aplicación de la ley con relación al tiempo, no obstante su carácter general, ha sido estudiado preferentemente por los civilistas dentro de su disciplina, y en alguna medida también por los penalistas.

22.1.2. Planteo general de tema. Elementos extranjeros en la relación jurídica

Los elementos extranjeros que cabe encontrar en una relación jurídica pueden referirse a personas, a los bienes, a los actos o a los hechos, como lo pone de manifiesto el siguiente cuadro:

[3] GOLDSCHMIDT, Werner, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1948, T. I, pág. 25.

[4] Dice Kelsen (*Teoría General*, cit., pág. 219): "Estos órdenes normativos designados como Estados, se caracterizan precisamente por el hecho de que sus ámbitos especiales de validez se encuentran limitados...". Dicha limitación a un determinado territorio "significa que las medidas coactivas, las sanciones establecidas por ese orden tienen que ser aplicables únicamente en este territorio y ejecutarse dentro de él".

Elementos extranjeros	*personal* (nacionalidad, domicilio o residencia extranjeros).
	real (situación espacial de los bienes en el extranjero).
	conductista (actos y hechos jurídicos, lícitos o ilícitos, realizados fuera del país desde el cual se visualiza el caso) [5].

Estos diversos elementos extranjeros pueden darse aislados o combinados [6] y puede corresponder que el juez resuelva la aplicación de un derecho extranjero o decida que su propia ley (*lex fori*) es la única aplicable, según los principios que estudiaremos más adelante. Pero en todos estos casos nos encontramos ante un problema de derecho internacional privado (*lato sensu*) y ante el tema de la *aplicación de la ley en relación al territorio*.

Desde el punto de vista de un estricto derecho positivo, el juez aplica exclusivamente la ley de su país, esto es la ley que lo erige a él precisamente en calidad de juzgador. Pero esa misma ley le exige, en ciertas circunstancias, que aplique normas de otro ordenamiento jurídico, derecho extranjero. En rigor el derecho extranjero, como tal, no es nunca aplicado: "el precepto aplicado por tal órgano se convierte en norma del Estado cuyo órgano lo aplica" lo que ocurre es que, por un mero procedimiento técnico-jurídico, las normas del propio ordenamiento "refiérense" a normas de otro sistema jurídico, en vez de reproducir el contenido de tales normas [7].

22.1.3. Evolución de los sistemas

Reciben el nombre tradicional de sistemas de derecho internacional privado ciertas doctrinas, vigentes o formuladas en un momento histórico determinado, que pretenden resolver unitariamente el tema de la aplicación de la ley en relación al territorio. Los sistemas se han sucedido históricamente en conexión con las circunstancias políticas imperantes o han sido fomulados por la doctrina en consonancia con el desarrollo de las ideas jurídicas dominantes. De esta suerte se puede hablar de una *evolución histórica* de los sistemas.

[5] Cfr. GOLDSCHMIDT, W., *op. cit.*, pág. 26; HERRERA, Luis Fernando, "El objeto y la norma del derecho internacional privado", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XI, nro. 24, Buenos Aires, 1951, págs. 445 y sigs.

[6] Por ejemplo, puede plantearse el derecho sucesorio de un inglés con último domicilio en la Argentina (elementos *personales*), testamento otorgado en el Brasil (elemento *conductista*) y bienes muebles e inmuebles en varios países (elemento *real*).

[7] KELSEN, H., *Teoría General*, cit., pág. 257. Ver nota 2 en este mismo capítulo, donde reproducimos los pasajes fundamentales del maestro vienés.

Si comenzamos la reseña de esta evolución con el relato de lo que ocurría en los pueblos de vida nómade [8] advertiremos que en ellos el territorio no puede funcionar ni funciona como base para la aplicabilidad de las leyes. El Derecho, consustancial al grupo, se desplaza con él sobre un territorio en sí indiferente. El ámbito espacial de validez del orden jurídico alcanza, en rigor, hasta donde alcanza la coacción del grupo.

i) Sistema de la personalidad de la ley

La situación referida en el párrafo que precede es el antecedente inmediato para la comprensión de este sistema. Cuando por circunstancias históricas el grupo se ve obligado a la dispersión y a la convivencia espacial con extraños, la *personalidad de la ley* se erige en sistema a efectos de conservar el grupo primitivo en sus instituciones y costumbres. Tal ocurrió en la Edad Media. Cuando se produjo la "invasión de los bárbaros", las diversas tribus invasoras conservaron sus instituciones y costumbres, dejando las suyas a los primitivos habitantes del suelo. En esa época, cada individuo estaba exclusivamente sometido a la ley de su origen, es decir, de su tribu, en cualquier parte que estuviera: el franco a la ley franca, el godo a la ley goda, etcétera.

Así, por ejemplo, durante el primer período de la dominación visigoda en España, para los romanos vencidos existía la *Lex romana visigothorum* o *Breviario de Aniano* (*Breviarium Anniani*), y a los visigodos vencedores se les aplicaba el *Código de Eurico* (*Codex Eurici*).

ii) Sistema de la territorialidad de la ley

Con el curso del tiempo y pese a la función conservadora del sistema de la personalidad de la ley, fue ocurriendo lo inevitable: un debilitamiento progresivo de los lazos de origen y una fusión cada vez más estrecha entre los que convivían en el mismo suelo. El vencedor se transformó en señor y su arraigo a la tierra, unido a la fidelidad de sus vasallos, sustituyeron a la fidelidad entre vencedores que inicialmente aseguraba la cohesión del grupo y su dominio personal. De este modo, se produjo el tránsito al *feudalismo* en el cual, sustentada poderosamente por el ideal de la fidelidad personal, la noción de señorío, que envuelve conjuntamente a la de propiedad y poder, ocupa el centro del sistema estableciendo un vínculo estrechísimo entre el hombre y la tierra. Europa se subdividió entonces en una cantidad de pequeños "Estados" a cuyo frente se encontraba un señor (conde, duque, etc.), investido de los atributos del poder independiente. Estos feudos tenían su jurisdicción propia, sus instituciones, y en fin, su derecho local (*fueros* en España, *costumbres* en Francia y *estatutos* en Italia). Estas *costumbres, fueros* o *estatutos* regían exclusivamente en el territorio del feudo; se aplicaban a todas las cosas y personas que se encontraban en el mismo, pero dejaban de ser aplicadas a todo lo que salía de él (*leges non valent extra territorium*).

8 Pueblos cazadores o pastores, en regiones donde la naturaleza no es muy pródiga, lo que los obliga a deambular buscando presas o pastos (p. ej.: las tribus nómades de árabes).

El principio de la territorialidad de las leyes —que, como hemos visto, se mantiene hasta el día de hoy como un principio fundamental del derecho internacional público, estrechamente vinculado a la noción misma de Estado—, si se lo erige en *sistema* absoluto, desemboca en la negación misma del derecho internacional privado. Este último nace, precisamente, con la doctrina estatutaria italiana como un intento de superar la estrechez del dogma de la territorialidad y de eludir de este modo los múltiples inconvenientes que traía a la vida de relación. Bastaba, en efecto, recorrer unos pocos kilómetros para verse regido por normas diferentes, despojado de un derecho o de la capacidad de adquirirlo.

iii) Sistema estatutario

En la misma Edad Media, por obra de los glosadores y posglosadores, se realiza con este sistema el primer intento científico de dar una solución acertada al tema de la aplicación de la ley con relación al territorio. La doctrina estatutaria nace en Italia [9] en los siglos XIII y XIV, y se extiende de allí a Francia y Holanda, dominando por completo la doctrina europea hasta el siglo XVIII y subsistiendo aún en nuestros días en los países anglosajones.

Al glosador Acursio cabe el mérito de ser el iniciador de ese movimiento doctrinario. Hacia el año 1228, glosando con habilidad dialéctica una constitución incorporada al *Corpus Iuris* de Justiniano, resuelve que corresponde la aplicación de derecho extranjero, en atención a la nacionalidad del demandado [10].

9 Italia es el primer país europeo que en la Edad Media va dejando atrás las formas propias de esta época histórica. En lo que atañe a nuestra materia es importante destacar que el tráfico y la vida de relación entre los pequeños Estados italianos eran ya bastante intensos en los siglos XIII y XIV y que, por lo tanto, se hizo sentir más pronto que en otras partes la necesidad de superar el principio de la estricta territorialidad de la ley. A ello cabe agregar que los estudios jurídicos de la glosa tenían en Italia una altura científica superior a la mera práctica en que se encontraban otros países.

10 El texto glosado contiene una constitución de tiempo del Imperio denominada

Un siglo más tarde Bártolo de Saxoferrato ofrece un sistema de clasificación de los estatutos en *reales y personales*. Los primeros son los que se refieren a las cosas —*res*— y tienen un carácter estrictamente territorial (*lex rei sitae*). Los segundos se refieren a las personas y tienen, en general, un carácter extraterritorial, es decir, siguen a la persona dondequiera ésta se encuentre.

Baldo de Ubaldis, Guillermo de Cuneo (Cino), Jacobo Bálduini (Baldo) y otros completaron con diversas adiciones y correcciones el sistema estatutario que luego es también introducido en Francia por Carlos Dumoulin (1500-1566), quien ofrece de él una versión que se resume en el siguiente esquema [11]:

Estatutos imperativos (no derogables por la voluntad de las partes).

A. De fondo:

1) Personales (se refieren a las personas y a las cosas muebles).
   a) Permisivos (estableciendo una capacidad): extraterritoriales.
   b) Prohibitivos (estableciendo una incapacidad): territoriales.
2) Reales (referentes a inmuebles: *lex rei sitae*): territoriales.

B. De forma:

3) Forma de los actos jurídicos. Se rige por la ley del lugar en que se celebran (*locus regit actum*).
4) Formas procesales. Se rigen por la ley del juez (*lex fori*).

Estatutos supletivos (de la voluntad de las partes). Dumoulin propugna el respeto a la autonomía de la voluntad.

En el siglo XVII, la *escuela holandesa* o *flamenca*, si bien continúa la tradición estatutaria en cuanto al tratamiento de los problemas relativos a la aplicación de la ley extranjera, trae la importante novedad de *cambiar el fundamento* de dicha aplicabilidad: los Estados soberanos admiten la aplicación de la ley extranjera por cortesía y en orden a obtener una reciprocidad que resulte útil a ambos Estados: *comitas gentium ob reciprocam utilitatem*.

De summa Trinitate et fide Catholica. Esta constitución imponía la religión católica a los pueblos gobernados por la clemente autoridad del emperador. Acursio plantea el caso de un boloñés demandado en Módena y declara que no se le debe aplicar el Derecho de Módena, ya que el texto glosado restringe la validez de sus órdenes a los pueblos sometidos al gobierno imperial.

Desde entonces (y hasta Dumoulin inclusive) esta constitución sirvió de fundamento al sistema de derecho internacional privado que desarrolló la glosa y se conoce como sistema de los estatutos.

[11] Usamos, con algunos agregados, el esquema expuesto por GOLDSCHMIDT, W., *op. cit.*, págs. 94-95, y nota 1.

El sistema estatutario, con una base eminentemente nacional y territorialista, tal como fuera elaborado por la *escuela holandesa*, sobrevive en la escuela anglosajona y predomina en dichos países hasta nuestros días.

iv) Sistema de la comunidad de Derecho

El fundamento de la aplicación de la ley extranjera en la cortesía internacional —al que había ido a terminar la doctrina sobre la materia—, dependiendo él mismo de la buena voluntad del soberano, era en extremo frágil para fundar la construcción de un sistema sólido apto para resolver científicamente los problemas del derecho internacional privado.

En el siglo XIX los juristas intentaron superar ese estado de la doctrina y construir una teoría a la altura de la moderna ciencia del Derecho que solucionase satisfactoriamente las relaciones jurídicas cada vez más numerosas en que debían tenerse en cuenta elementos extranjeros.

Una vez más, cabe a Federico Carlos de Savigny la gloria de marcar una nueva etapa en la historia de la ciencia jurídica. En el tomo VIII (año 1849) de su *Sistema de Derecho Romano Actual*, el maestro de Berlín sienta las bases del derecho internacional privado moderno, dejando atrás las ideas estatutarias que, con correcciones y modificaciones sucesivas, se habían prolongado por espacio de varios siglos.

En lo que se refiere al *fundamento* de la aplicación de la ley extranjera, sostiene Savigny que a medida que se acrecientan las relaciones entre los diferentes pueblos, es cada vez más necesario renunciar al principio absoluto de la territorialidad de las leyes para admitir el de una cierta *comunidad de derecho* existente entre los pueblos, en virtud de la cual se iguala cada día más al nacional y al extranjero ante la justicia. No se aplica la ley extranjera por un acto de cortesía, sino por una necesidad científica que es el efecto del desenvolvimiento propio del Derecho. Planteada una situación jurídica, debe buscarse en la ciencia jurídica el principio que sirva para resolverla mediante un proceso de elaboración científica, sin tener en cuenta qué país es el que ha dado carácter de ley al principio que se aplica.

22.2. APLICACIÓN DE LA LEY EN RELACIÓN AL TIEMPO

22.2.1. Principios generales

Ya hemos advertido, al comenzar este capítulo, que la legislación vigente al tiempo de dictar sentencia puede ser diferente de la regla al tiem-

po de constituirse o de desenvolverse la relación jurídica. Esta circunstancia da origen al denominado derecho *intertemporal o transitorio*, a los conflictos de la ley en el tiempo o, en fin, al tema que englobamos bajo el título de "aplicación de la ley en relación al tiempo" [12].

Los hechos y actos jurídicos en que tienen origen las situaciones y relaciones jurídicas no producen de inmediato todos sus efectos, sino que éstos pueden tener lugar transcurrido un tiempo variable.

Por otra parte las leyes son frecuentemente derogadas por otras leyes: el derecho positivo está en una constante transformación de acuerdo con las exigencias de los cambios sociales y el progreso general. La sanción de una ley cualquiera importa el cambio del derecho vigente sobre la materia, salvo el caso poco frecuente de que la nueva ley no sea sino la recopilación de disposiciones ya vigentes. De estas dos circunstancias surge una serie de problemas acerca de la aplicación de la ley con relación al tiempo.

a) *Planteo tradicional.* Dos principios opuestos aparecen al considerar dichos problemas y dominan con dicha oposición el planteo tradicional de esta materia. Dichos principios son el de *retroactividad* de la ley y el de *irretroactividad*.

Retroactividad de la ley. La nueva ley se dicta en interés general. Según el criterio del legislador esta ley es mejor y más justa que la anterior; nada más razonable, por lo tanto, que aplicarla de inmediato tanto a los hechos futuros como a los ya sucedidos.

Irretroactividad de la ley. "Las leyes —decía Portalis— no existen sino desde que se promulgan, y no pueden tener efecto sino desde que existen". El Estado establece la ley para que sea obedecida y es evidente que no puede ser obedecida una ley aún no existente. Por otra parte, una solución contraria crearía un estado de inseguridad en los hechos, sin duda perjudicial para todos, ya que ninguna situación jurídica ni acto jurídico podrían considerarse firmes si los particulares estuviesen permanentemente expuestos a que un cambio de legislación los alterase o declarase inválidos.

[12] El planteo del tema, tal como se hace en este primer párrafo, deja fuera de él dos situaciones que, en rigor, también se vinculan con la aplicación de la ley en relación al tiempo, pero que no crean dificultad o conflicto ya que no cabe hablar, en su caso, de derecho transitorio:

1°) La primera de ellas ocurre cuando al aplicar la ley, se encuentra vigente sin variación alguna la que regía al tiempo de formarse la relación jurídica de que se trata. En este caso, es, desde luego, la ley única la aplicable y ello no provoca dificultad alguna.

2°) La segunda situación ocurre cuando la relación jurídica no sólo se ha formado y desenvuelto sino también finiquitado bajo el imperio de la ley anterior.

Estas fundamentales razones han sido tenidas en cuenta por los legisladores, desde antiguo, para erigir en regla el principio de la irretroactividad. Así, ya el Derecho Romano sentó como regla, la doctrina de la irretroactividad de las leyes —salvo que se dicten expresamente con relación al pasado y a asuntos pendientes—, principio que pasó luego al derecho canónico.

Crítica. Ambos principios se apoyan en argumentos respetables. Pero la adecuada solución de los problemas del derecho transitorio ha de surgir de una razonable transacción entre ellos, ya que la aceptación absoluta de uno u otro puede introducir serios trastornos o inconvenientes.

De los dos principios fundamentales citados —retroactividad e irretroactividad— el que goza de mayor predicamento legislativo y doctrinario es el de irretroactividad, pero en todo tiempo se ha admitido, bajo la forma de excepciones, la acción moderadora del principio contrario.

b) *Planteo egológico.* Esteban Ymaz ha dedicado un notable ensayo [13] al tema de la retroactividad de la ley, el cual conduce, en nuestra opinión, a un esclarecimiento decisivo del mismo. No obstante dicha circunstancia, que hace inexcusable aquí la inclusión de una referencia medular, no nos hemos decidido a reestructurar sobre su base la exposición general del tema, debido a que la originalidad del planteo podría quizá desorientar al estudioso en un tema ocupado hace tiempo por doctrinas tradicionales e, incluso, textos legales. La advertencia que precede no descarta, por cierto, una revisión de esta actitud cuando las nuevas ideas se hayan abierto camino en la doctrina.

Sostiene Ymaz que el tema de la retroactividad de la ley debe impostarse en el más amplio y comprensivo de la actividad de las normas jurídicas. Esta última se caracteriza como la condición, propia de las normas jurídicas, de modalizar necesariamente la conducta de los miembros de la comunidad determinando el sentido de licitud o ilicitud de dichas conductas.

La creación de una nueva norma plantea entonces el tema de su actividad respecto de la conducta anterior o posterior al tiempo de aparición de la nueva ley. Pero la aparición de la nueva norma plantea también el tema de la *derogación* de las normas vigentes al tiempo de la reforma que resulten incompatibles con ella. Corresponde, en consecuencia, distinguir dentro de la circunstancia global de la conducta cuyo sentido se en-

[13] YMAZ, Esteban, "Los problemas de la retroactividad", *L.L.*, 83-898.

cuentra en juego, es decir, a la cual se pretende "aplicar" la ley nueva, dos órdenes de hechos: 1°) hechos no normativos (p. ej.: el nacimiento, un accidente, etc.); 2°) hechos normativos (p. ej.: un contrato). El tema de la actividad (y por ende el de la retroactividad) de la nueva norma se plantea solamente respecto de la conducta y los hechos no normativos que constituyen su circunstancia. Respecto de los hechos normativos se plantea solamente el tema de su derogación.

Sobre estas bases la investigación afronta tres problemas:

1°) *Problema de la posibilidad de la retroactividad*

La nueva norma puede aparecer mencionando una conducta aunque los aspectos fenoménicos de la misma ya hayan transcurrido. Ello se funda en la perduración del presente existencial en el cual se da el sentido. Según esto, la retroactividad es siempre posible. No obstante deben reconocerse límites a la retroactividad ya que lo que ni siquiera es circunstancia para la conducta presente se encuentra fuera del alcance del legislador.

2°) *Problemas de la esencia de la retroactividad*

La actividad de la norma jurídica en relación al tiempo presenta tres formas: a): hacia el pasado: *retroactividad*, consiste en la normación de conducta anterior, incluso los hechos no normativos de su circunstancia; b) hacia el futuro inmediato: *actividad contemporánea*, es la normación de conducta posterior inmediata, incluso los hechos no normativos de su circunstancia; c) hacia el futuro mediato: *actividad postergada*, es decir, la normación de conducta incluso los hechos no normativos de su circunstancia, a transcurrir un tiempo después del establecimiento de la norma.

En este punto la tesis de Ymaz es muy semejante a la de Roubier. Solamente debe tenerse presente que Ymaz ha separado del tema lo referente a los hechos normativos, lo cual constituye una concepción más correcta del tema crucial relativo a los efectos de los contratos.

3°) *Problemas de la conveniencia de la retroactividad*

En nuestras comunidades rige como valoración el respeto al pasado, lo que constituye una consagración del valor positivo seguridad y una acertada solución genérica al tema. Pero el valor seguridad exige no solamente que no se vuelva sobre el pasado, sino también que los actos normativos concretos (p. ej., contratos) no sean derogados por nueva ley. En este punto, la distinción entre actividad (para hechos no normativos) y derogación (para hechos normativos) permite llegar a un planteo más correcto, pues los denominados "efectos inmediatos" de la ley nueva producirían la derogación automática de los actos normativos.

La solución genérica adversa a la retroactividad y a la derogación de los actos normativos concretos —la cual ha pretendido consagrar nuestros códigos con la zarandeada doctrina de los "derechos adquiridos"— no impide, desde luego, que por el predominio de otras valoraciones en juego se confiera a la ley efecto derogatorio inmediato y aun retroactividad. En esta materia sería una normación correcta, del instituto, en términos generales, la que estableciese que no se otorgará por interpretación alcance retroactivo a las leyes y que, de no mediar disposición en contrario, las nuevas leyes no alterarán las obligaciones establecidas por actos jurídicos anteriores.

22.2.2. La irretroactividad y sus excepciones

i) El principio de irretroactividad

Es usual afirmar que no es posible que esté en vigencia una ley (aún) inexistente; por lo tanto la ley no puede regir hechos anteriores a su promulgación. Este argumento, por su aparente corte lógico necesario, no debiera admitir, como tal, excepciones de ninguna especie. Sin embargo, se las admite. Lo que ocurre es que el argumento está en verdad mal planteado, porque las leyes no rigen hechos irrevocablemente finiquitados, sino relaciones jurídicas (o situaciones jurídicas) que si bien están en el plano de los hechos, no son instantáneas —como parece pretenderlo el argumento en cuestión— sino que se desenvuelven en el tiempo. Toda relación jurídica puede desenvolverse temporalmente desde el hecho o acto jurídico que sirve de antecedente al deber jurídico hasta la aplicación de la sanción inclusive.

Lo expuesto explica que al referido argumento se agreguen, en apoyo de la doctrina de la irretroactividad, otros argumentos, de índole valorativa o axiológica: a) nada se puede reprochar al que desobedece una ley inexistente y b) si las situaciones jurídicas de los particulares se encuentran pendientes de una nueva ley, se resiente la seguridad jurídica. Estos dos argumentos, aunque muy atendibles en términos generales, no tienen el carácter de límites infranqueables. Efectivamente, puede suceder que, a despecho de ellos, el legislador dicte normas con carácter retroactivo, ya sea imponiendo sanciones a una conducta previamente lícita, ya estableciendo nuevas obligaciones a cargo de los que se encuentran en determinada situación jurídica (propietario, padre, etc.), o modificando los derechos u obligaciones existentes. En el primer caso, si se castiga con efecto retroactivo una conducta hasta entonces lícita, es indudable que se resiente, junto al valor seguridad, el valor de justicia, porque es evidente que nada se puede reprochar a quien "viola" una ley inexistente. El dere-

cho penal contemporáneo, consecuente con esta idea liberal de justicia, condena las leyes penales *ex post facto* y este principio se encuentra establecido en casi todas las constituciones vigentes. Pero en el segundo caso, cuando se determinan nuevos "efectos", es decir, nuevas obligaciones a cargo de las particulares en virtud de un hecho anterior, nos encontramos en el campo propio del derecho civil (sentido amplio), y el asunto no es tan claro como en el derecho penal, al punto que ha desatado una larga y vigorosa polémica.

En este segundo caso (derecho civil) la doctrina moderna (por obra especialmente de Paul Roubier) se ha encargado de mostrar que la oposición entre los principios de retroactividad e irretroactividad (en que se basaba tradicionalmente la doctrina para dividir las leyes en retroactivas y no retroactivas) es falaz y que en rigor las leyes deben ser divididas a este respecto en tres grupos: 1) leyes retroactivas; 2) leyes de aplicación inmediata; y 3) leyes de aplicación diferida. 1) Únicamente merecen el calificativo de leyes retroactivas aquellas leyes que vuelven sobre los efectos ya cumplidos bajo el imperio de la ley anterior; 2) son meramente leyes de aplicación inmediata, aquellas que rigen los efectos posteriores a su sanción, aunque sean derivados de una relación jurídica constituida con anterioridad; y 3) son leyes de aplicación diferida las que rigen solamente para las relaciones jurídicas constituidas con posterioridad a su sanción, dejando entretanto que los efectos de las relaciones jurídicas anteriores se rijan por la ley anterior (supervivencia de la ley anterior).

La tripartición expuesta se aclarará con un ejemplo. Supongamos que se dicte una ley que declara prohibido el préstamo a interés. La nueva ley puede especificar: a) que se aplicará únicamente a los préstamos posteriores a su sanción, admitiendo como válidos los anteriores a ella, los que deberán asimismo, seguir devengando interés (ley de *aplicación diferida, "efectos" diferidos o futuros*); b) que se aplicará no sólo a los préstamos posteriores a la ley, sino también a los anteriores, en el sentido de que estos últimos ya no devengarán interés en el futuro (ley de *aplicación inmediata, "efectos" inmediatos*); c) que no sólo tendrá los efectos previstos precedentemente, sino que, además, considerará como mal habidos los intereses cobrados bajo el imperio de la ley anterior imponiendo al prestamista la obligación de devolverlos (*ley retroactiva, "efectos" propiamente retroactivos*).

El principio de irretroactividad predomina en la legislación universal, pero sin hacerse ésta debidamente cargo de la distinción que acabamos de exponer. El expediente arbitrado por los legisladores para limitar, en ciertos casos, los inconvenientes de la irretroactividad, ha consistido,

simplemente, en consagrar dos excepciones a la misma, universalmente admitidas, las que estudiamos a continuación.

ii) Excepciones al principio de irretroactividad

Tanto en la realidad del derecho positivo, abonada por las resoluciones judiciales sobre la materia, como en la teoría general de los tratadistas, se reconocen dos excepciones al principio de irretroactividad: a) las *leyes interpretativas*; y b) las *leyes de orden público*.

Con respecto a las *leyes interpretativas* se sostiene que deben aplicarse a los casos aún pendientes. Una ley puede, en efecto, declarar que su contenido es meramente aclaratorio del de una ley anterior que ha provocado ciertas dificultades a la jurisprudencia o cuya interpretación ha sido decidida por ésta en un sentido contrario al propósito de los legisladores.

La segunda excepción general al principio de irretroactividad la constituyen las *leyes de orden público*. El concepto de orden público es uno de los más indefinidos a lo largo de la historia de las ideas jurídicas. El orden público implica la prevalencia del interés general, público o social sobre el individual. Aunque es indiscutible que todas las leyes tienen una finalidad social (incluso aquellas que se refieren a la esfera de la libertad individual, a la esfera de la *autonomía de la voluntad*, en que los particulares están autorizados para derogar la ley); lo cierto es que en algunas leyes esta finalidad social aparece en un destacado primer plano (p. ej., ley sobre el matrimonio) y en otras, en cambio, aparece en primer plano el interés individual (p. ej., la reglamentación del lugar en que debe efectuarse el pago de una obligación).

Las *consecuencias* que emanan del *orden público* son tres: 1°) las leyes de orden público derogan toda convención de los particulares; no rige respecto de ellas la "autonomía de la voluntad"; son, en una palabra, leyes *imperativas y no supletorias* (de la voluntad de las partes); 2°) *impiden la aplicación de la ley extranjera* y, por último, 3°) —la que estudiamos ahora— *no se pueden invocar contra ellas derechos irrevocablemente adquiridos*, es decir, hacen excepción al principio de irretroactividad.

Esta enumeración de consecuencias del orden público, aceptada en forma prácticamente universal, nos muestra que el orden público no es un concepto unívoco sino más bien *elástico* pues, como ya hemos visto en la primera parte de este capítulo, hay instituciones, que admiten la aplicación de la ley extranjera y no admiten, en cambio, la reglamentación por el acuerdo privado (autonomía de la voluntad), verbigracia, todo lo referente a la capacidad de hecho. La noción de orden público no responde, por lo tanto, a un concepto rígidamente delimitado, sino que constituye un problema de *valoración jurídica*; señala la prevalencia a toda costa (es

decir, independientemente de otros principios jurídicos) de ciertas normas inspiradas en las exigencias de la valoración jurídica vigente. Del hecho de que el *orden público* remita a la *valoración jurídica vigente* deriva como consecuencia natural su variación en el espacio y, sobre todo, en el tiempo, destacándose, en este sentido, la ampliación contemporánea de su contenido, correlativa. con el retroceso del individualismo liberal ante las diversas ideologías del tipo "social", propias del Estado contemporáneo.

Vinculada a la noción de *orden público*, y formando en cierto sentido parte de la misma, se encuentra la de *moral y buenas costumbres* y también con respecto a ella cabe decir que nadie podría invocar un derecho adquirido en contra de una ley que revista ese carácter. En este punto se hace aún más claramente visible la referencia a la *valoración imperante*, por lo que no es menester insistir sobre él.

22.2.3. Concepción formal de Roubier

La posibilidad de una concepción puramente *formal* del problema de la aplicación de las leyes con relación al tiempo —en el sentido de que no centra la doctrina en los perjuicios que resulten a particulares de la aplicación de la nueva ley— fue abierta por Roubier.

Destaca en primer lugar este autor que las relaciones o, como él prefiere llamarlas, las *situaciones jurídicas*, no se realizan por lo general en un solo momento sino que se desarrollan a lo largo de cierto tiempo, de modo que la ley nueva interviene en un momento dado de ese proceso de desenvolvimiento; si esa ley afecta o se refiere a partes anteriores, cabe decir que tiene *efectos retroactivos*; si, por el contrario, sólo se refiere a partes posteriores, tiene meramente efectos inmediatos. Las leyes no tienen, en principio, efectos retroactivos, pero sí los tienen inmediatos: la ley nueva puede modificar los *efectos futuros* de hechos o actos anteriores.

22.2.4. Los contratos sucesivos

El punto más delicado de la teoría de la aplicación de las leyes con relación al tiempo éste, es el de los *contratos sucesivos* y ello justifica que le dediquemos un párrafo aparte. Autores que han estudiado profundamente esta materia callan inexplicablemente el asunto —como Coviello— o retroceden ante las consecuencias de su propio pensamiento —como Roubier—.

La ley permite a las partes, dentro de ciertos límites [14], reglar sus derechos y obligaciones mediante el contrato, es decir mediante el acuerdo

[14] Roubier no supo sacar todas las consecuencias de sus principios y admitió, por

de voluntades [15]. Si el contrato es de cumplimiento instantáneo (p. ej., una venta al contado), no se presentan mayores dificultades pero, ¿qué sucede si una nueva ley viene a reglamentar de modo diverso contratos tales como una venta a plazos o una locación? Este punto se hace particularmente crítico en los denominados *contratos sucesivos*, o mejor, contratos de ejecución sucesiva. Ellos son contraídos efectivamente en un momento determinado, pero las prestaciones a cargo de las partes (o de una de ellas) están vinculadas al transcurso del tiempo y se hacen exigibles continuada o periódicamente con éste [16]. Según la teoría clásica, el derecho a las prestaciones futuras de la contraparte constituye un *derecho adquirido*, que no podría ser afectado por la nueva ley. Lasalle reaccionó vigorosamente contra esta opinión, sosteniendo que el *derecho estipulado* para un individuo no debería ser válido sino durante el *tiempo que la legislación considere este derecho como admisible*. Contemporáneamente, esta última opinión ha prevalecido y hoy parece indiscutible.

22.2.5. Conclusiones

Según la teoría clásica, basada en la noción de "derecho adquirido", la ley nueva no puede afectar derechos adquiridos; no podría, por lo tanto, ni siquiera tener lo que las nuevas doctrinas llaman *efectos inmediatos* (que la teoría clásica englobaba equivocadamente como retroactivos) ya que es evidente que toda aplicación inmediata de la ley afecta en alguna medida derechos adquiridos. Es el caso, por ejemplo, de la abolición de la esclavitud, que se implantó no obstante afectar los derechos adquiridos por los propietarios de esclavos. Del mismo modo, las leyes que se dictan en protección de los trabajadores afectan derechos adquiridos por los patrones.

respeto a la autonomía de la voluntad, la supervivencia de la ley antigua en la materia de los *contratos sucesivos*; Planiol, en cambio, aceptando las bases propuestas por Roubier e independizando definitivamente el tema de la retroactividad de la ley de la situación jurídica (perjuicio, interés o derecho) de los particulares, proclama la regla de los efectos inmediatos de la ley. la ley nueva puede modificar los efectos futuros de hechos o actos anteriores sin ser retroactiva. Ver PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Paris, 1948, págs. 110 y sigs.

[15] Dice el Código Civil (art. 1197). *Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.*

El art. 1137 da el concepto de contrato: *Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.*

[16] P. ej.: el contrato de locación, en el que el locatario debe pagar periódicamente el alquiler; el préstamo a interés, en el que el prestatario debe periódicamente el pago de los intereses, etc.

Según la teoría moderna, en cambio, la ley tiene, en principio, efectos inmediatos y constituye excepción la supervivencia de la ley antigua (efectos diferidos). La diferencia entre una y otra teoría no puede ser, a primera vista, más radical. Sin embargo, es interesante señalar que los tribunales, aplicando la vieja doctrina de los derechos adquiridos, han llegado en numerosas ocasiones a soluciones concordantes con las de la doctrina moderna, lo que enseña que, en la práctica, la diferencia entre ambas teorías es mínima. Lo que ocurre es que, en los hechos, para obviar los inconvenientes de la teoría clásica, se recurre frecuentemente a la fundamental y amplísima noción del *orden público* —admitida por la teoría clásica como excepción general al principio de irretroactividad—, con lo que este principio excepcional cubre en realidad la regla y hace que la diferencia entre ambas doctrinas se reduzca a cero. Atento que las leyes de *orden público son las imperativas* —es decir, las que no son meramente supletorias de la voluntad de las partes— resulta lo siguiente: 1) *si la ley nueva es "imperativa"* —caso de una ley de alquileres que reduce el monto de los mismos— para la teoría clásica entrará inmediatamente en vigor, aunque afecte derechos adquiridos, en virtud de su carácter de orden público; para la teoría moderna, en cambio, tendrá efectos inmediatos porque éste es el principio normal de la aplicación de la ley en relación al tiempo; 2) *si la nueva ley es, en cambio "supletoria"* (de la voluntad de las partes), para la teoría clásica esta ley no regirá las relaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la anterior, en virtud del principio del respeto a los derechos adquiridos; para la teoría moderna, en cambio, la nueva ley tampoco se aplicará a las relaciones constituidas porque, siendo supletoria de la voluntad de las partes, lo que se respeta no es la ley antigua en sí, sino la voluntad de las partes que dicha ley interpreta.

22.2.6. Principios admitidos en nuestro Derecho

Los principios de nuestra legislación relativos a esta materia se encuentran contenidos en tres cuerpos legales: la Constitución Nacional, el Código Penal y el Código Civil. Para mayor claridad dividiremos la exposición en *derecho penal* y *derecho civil*, haciendo oportunamente las adecuadas referencias a la jurisprudencia.

i) Derecho penal

El principio de irretroactividad, expresado en la forma de una condena formal de las leyes *ex post facto*, está contenido expresamente en la Constitución que establece también una prohibición de retroactividad en materia procesal penal, ya que la competencia del juez penal debe estar deferida por la ley anterior.

Artículo 18.— *Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.*

El principio esencial del derecho penal liberal, *nullum crimen, nulla pœna sine prævia lege*, tiene, entre nosotros, jerarquía constitucional.

El Código Penal de 1921 admitió un tipo peculiar de retroactividad de la ley penal: la que resulta favorable al proceso o penado. El texto reza textualmente:

Artículo 2°.— *Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuese distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio se aplicará siempre la más benigna.*

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley.

En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

ii) Derecho civil

Nuestro Código Civil, antes de su reforma por la ley 17.711 adhería a la doctrina de los derechos adquiridos en su formulación clásica.

La ley 17.711 derogó los artículos 4°, 5°, 4044 y 4045 del Código Civil y reformó el artículo 3° que en su nueva redacción dice:

Artículo 3°.— *A partir de su entrada en vigencia las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.*

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias.

El nuevo texto sigue muy de cerca la ponencia que fue aprobada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, con la única diferencia señalable de la disposición final relativa a las leyes supletorias [17]. El artícu-

[17] BORDA, Guillermo A., "La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo", *E.D.*, 28-810.

lo 3° sigue en líneas generales las ideas de Roubier que hemos expuesto más arriba, independizando el tema de la noción de "derechos adquiridos", y consagrando dos principios fundamentales: el de la aplicación inmediata de la ley nueva y el de su irretroactividad. El artículo se hace cargo también de que el principio de irretroactividad no tiene jerarquía constitucional en materia civil por lo que deja abierta la puerta para la aplicación retroactiva de la ley en el caso en que el legislador expresamente le confiera carácter retroactivo. Advierte sin embargo, que dichas leyes no podrán afectar derechos amparados por garantías constitucionales (como la relativa a la propiedad), ajustando así lo dispuesto por el Código a la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de la Nación [18]. El principio de aplicación inmediata de la ley nueva tiene según el texto legal una excepción: las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución. Y esto se funda en que siendo leyes que no son imperativas sino que *suplen* la voluntad de las partes allí donde éstas no han sido suficientemente explícitas, se entiende que las partes se han remitido a la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato.

Como síntesis final diremos que, tal como ya se advirtió más arriba en el número 22.2.5., las soluciones prácticas a las que se arribe en la aplicación del nuevo texto no diferirán mayormente de las que surgían por aplicación de los textos anteriores ya que las leyes supletorias son, precisamente, las que no son de orden público y éstas tendrán, en uno u otro sistema, aplicación inmediata. En lo que sí ha ganado el nuevo sistema es en claridad y en que evita la posibilidad de que los jueces confieran efectos propiamente retroactivos a una ley de orden público que no establece expresamente su retroactividad.

[18] C.S.J.N., *Fallos*, 138:47; 153:268; 155:156; 167:5; 172:21, etc.
Sin embargo, deben distinguirse de las leyes inconstitucionales retroactivas aquellas en que se atribuye a actos futuros consecuencias distintas en virtud de hechos anteriores, como, por ejemplo: la ley 15.785 que elevó el tope máximo de la indemnización por despido estableciendo que se computase la antigüedad anterior a la sanción de la ley (v. *L.L.*, 107-573). En estos casos existe una razonable estructuración de la prestación y la ley no es inconstitucional (*Fallos*, 238:496; 239:446).

CAPÍTULO 23

DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. LAS RAMAS DEL DERECHO. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

CAPÍTULO 23

DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. LAS RAMAS DEL DERECHO. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

23.1. DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. LAS RAMAS DEL DERECHO

23.1.1. Derecho público y privado. Distinciones sustanciales y formales entre ambos

i) Las distinciones sustanciales. Teoría del interés

En los países de tradición continental-romanista la división del Derecho en público y privado todavía hoy suele presentarse como la más fundamental de las divisiones del derecho positivo. Se encuentra ya establecida por Ulpiano en un pasaje famoso del *Digesto*: *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinent, sunt enim quaedam publicae utilia, quedam privatum* [1]. El derecho público reglaba las relaciones de los hombres considerados como miembros de la asociación política: se ocupaba del gobierno del Estado, de la organización de las magistraturas y de las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. El derecho privado tenía por objeto las relaciones entre los particulares.

La distinción entre ambos órdenes de Derecho trajo en Roma como consecuencia práctica el respeto del Estado por los derechos privados. Si bien se admitía el principio de que el interés público prevalecía sobre el privado (*salus populi suprema lex esto*), también se aceptaba que el Estado debía indemnizar al particular si le ocasionaba perjuicios (v.gr., en las expropiaciones) con lo que se llegaba a una especie de equilibrio.

La definición de Ulpiano sigue inspirando, en los tiempos modernos, una teoría muy difundida que funda la diferenciación entre derecho pú-

[1] *Digesto*, 1.2. § 2, *de iust et de iure, Instituta*, I, § 4; *de ius et de iure.* Ulpiano nos viene a decir que el derecho público se refiere al estado de la "cosa" romana, mientras que el privado se refiere a la utilidad de los particulares.

blico y privado en una contraposición entre *interés público* o general e *interés privado* o particular, considerados como necesariamente opuestos entre sí. Sin embargo, la experiencia enseña que *no es posible separar el interés privado del interés público en forma absoluta*: los intereses individuales coinciden a menudo con los sociales y viceversa. El individuo es afectado por el interés privado y por el interés público, porque ambos se vinculan directa o indirectamente a la protección de la vida, la libertad y la propiedad de todos. Por ejemplo: la legislación sobre la familia atañe tanto el interés público como al privado, aunque se considere que pertenece principalmente al derecho privado. Así también se conceptúan como de derecho privado muchos hechos jurídicos íntimamente relacionados con el interés público y viceversa. Un contrato para proveeduría del ejército, verbigracia, es de evidente interés público aunque se repute de derecho privado. Las leyes sobre higiene y salud pública regulan muchas veces intereses particulares y, sin embargo, son de derecho público. La organización de un ministerio, que es parte integrante del derecho público, no afecta al interés general en la forma en que lo hacen nuevas leyes sobre transmisión de bienes inmuebles o libertad testamentaria, que son derecho privado.

La insuficiencia de la definición romana indujo a Savigny a plantear la cuestión sobre nuevas bases. Mientras Ulpiano distinguía el Derecho según los intereses que reglaba, Savigny diferenciaba las relaciones jurídicas según su *fin*: su sistema podría ser llamado sistema teleológico. En el derecho público, según Savigny, el Estado es el fin, y el individuo sólo ocupa un lugar secundario. Lo contrario ocurre en el derecho civil: el individuo es el fin y el Estado no es más que un medio. Es fácil observar, sin embargo, que el Estado es el fin de muchas relaciones jurídicas que no pertenecen al derecho público: cuando compra una propiedad, por ejemplo, efectúa un acto jurídico cuyo fin es el servicio público, pero que pertenece al derecho privado.

ii) Las distinciones formales

La imprecisión de las distinciones sustanciales indujo a varios autores a diferenciar el derecho público del privado según la forma en que se establece el deber jurídico. Entre dichos autores se destaca Georg Jellinek cuya doctrina puede considerarse el paso decisivo para una visión acertada del tema.

Según Jellinek, la oposición entre el derecho privado y el público "puede referirse al principio fundamental de que en aquél los individuos son considerados principalmente en una relación de *coordinación*, los unos con respecto a los otros. Por tanto el derecho privado regula las relaciones de los individuos como tales, en tanto que el derecho público regula las relaciones entre distintos sujetos dotados de *imperium*, o la organización y funciones de estos mismos sujetos y la relación de ellos con los sometidos al poder" [2]. La base de la distinción estaría, pues, para Jellinek, en la circunstancia de que *en las relaciones de derecho público interviene una entidad que se coloca en un plano superior* en cuanto está dotada de un poder o autoridad. Pero, consciente Jellinek de la relatividad de su criterio, reconoce también que la oposición no es en modo alguno absoluta y que todo el derecho privado descansa sobre los cimientos del derecho público [3].

La doctrina de Jellinek ha sido perfeccionada por Hans Kelsen, quien sustituye la noción de *imperium* por la de forma o método de creación de la norma jurídica. En el derecho público este método puede caracterizarse como "autocrático" porque la norma —y con ella el deber del obligado por la misma— no requieren su consentimiento. En tanto que en el derecho privado el método de creación de normas —y deberes— es "democrático" ya que es necesario el consentimiento del obligado para la creación de la norma que le impone un deber [4].

Con las salvedades que acotaremos más adelante, la doctrina de Jellinek-Kelsen constituye, en términos generales, una caracterización adecuada de la diferencia entre derecho público y privado.

iii) Conclusiones. Nuestra opinión

La exposición de las distinciones sustanciales y formales y las críticas doctrinarias a la distinción misma muestran, a nuestro entender, que *la división del derecho en público y privado no es descriptiva de su objeto. No lo aprehende en plenitud y, por lo mismo no constituye un "concepto" clasificatorio. Se trata, más bien, de una "idea" regulativa a cuya luz se pueden contemplar todas las relaciones jurídicas, las que ofrecen, entonces, sin excepción, simultáneamente un aspecto privado y uno público* [5] lo cual, por otra parte, es confirmado por la experiencia.

Ello no es de extrañar, si se tiene presente que el ordenamiento jurídico es un todo que gravita íntegramente sobre cada relación jurídica, aunque cobren más inmediato relieve las normas que la definen. Así, aunque todo *contrato* evoca en primer término la norma del Código Civil (dere-

[2] JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, T. II, Madrid, 1915, pág. 4.

[3] JELLINEK, G., *Teoría...*, cit., págs. 5-6.

[4] KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, 2ª ed., Barcelona, 1934, pág. 162.

[5] V. COSSIO, C., *Teoría Egológica*, cit., pág. 455. Para la noción kantiana de idea (regulativa) ver *supra*, ptos. 8.1.3., 8.3.3., 9.7.2., 9.7.3., 12.1.8. y 21.5.3.

cho *privado*) relativa a la autonomía de la voluntad (art. 1197), es obvio que su total comprensión implica además el potencial juego de principios tenidos como derecho *público* (p. ej., los relativos al funcionamiento de los tribunales, etc.) que deberán entender y fallar de conformidad con las normas establecidas en el contrato en el caso de incumplimiento de alguna de las partes.

Conforme a lo expuesto precedentemente, cabe conservar la división entre derecho público y derecho privado como *meramente indicativa de un predominio* de una u otra idea en las distintas ramas del Derecho y en homenaje a la tradición que le confiere un valor entendido, y también en gracia a su indudable claridad didáctica. En efecto; si tomamos instituciones típicas de uno y otro campo, por ejemplo, de un lado del Senado de la Nación o la ciudadanía y, del otro, el matrimonio o un contrato de compraventa, no cabe duda alguna acerca de cuáles de las mencionadas instituciones pueden ser adscriptas al derecho público y cuáles al derecho privado. Si tomamos, en cambio, las asociaciones profesionales (sindicatos) o el servicio de taxímetros en una gran ciudad, tendremos dudas en colocarlas en una u otra categoría.

La situación de conjunto podría, ser caracterizada del modo siguiente: *en un extremo* se encuentran las instituciones típicas de derecho político-constitucional, claramente públicas; *en el otro extremo*, algunas instituciones típicas del derecho civil y comercial, claramente privadas. Entre ambos extremos una zona intermedia que, si bien parece muy borrosa cuando se trata de dar una respuesta *en general* al problema, resulta, sin embargo, definida con aceptable precisión cuando se limita la respuesta a un lugar y tiempo determinados.

Hechas las reservas precedentes, cabe distribuir las diversas ramas del Derecho con arreglo al siguiente cuadro, a tenor de las convicciones imperantes en los países de tradición jurídica continental-romanista:

Derecho público	internacional público constitucional administrativo penal procesal
Derecho privado	del trabajo de minería agrario, recursos naturales civil comercial internacional privado

Las consideraciones precedentes nos llevan a propiciar como relativamente admisible, a título de orientación, un criterio similar al de Jellinek-Kelsen estudiado más arriba, el cual explicaremos así:

En la evolución actual del Derecho en casi todos los países civilizados, *los particulares se encuentran, en principio, puestos en un pie de igualdad unos frente a otros y, además, se encuentra prohibido el uso de la coacción entre ellos*, motivo por el cual deben acudir a los órganos del Estado para obtener la solución coactiva de sus interferencias o conflictos de intereses. Es, por consiguiente, un carácter distintivo del Estado y de sus órganos: 1°) el uso lícito de la coacción; 2°) una situación de "superioridad" con relación a los simples particulares. Dicha situación de superioridad consiste en que el Estado, por intermedio de sus órganos puede determinar en forma unilateral la obligatoriedad de ciertas conductas para los particulares.

De acuerdo con lo expuesto podemos reactualizar el criterio de división diciendo: *son de derecho público: a) las normas que regulan directamente el uso de la coacción*, estableciendo su licitud o ilicitud como *así también, b) las normas que establecen los órganos y el procedimiento para la creación de normas obligatorias*, independientemente de todo consentimiento por parte del obligado. Por exclusión diremos, por consiguiente, que *son de derecho privado las normas que no entran en alguna de las dos categorías precedentes.*

El criterio explicado se funda en una situación de hecho existente y tiene toda la *relatividad* propia de este fundamento histórico. Así, por ejemplo, la esclavitud o la autoridad paterna son claros ejemplos de subordinación, incluso coactiva, pese a lo cual constituyeron o constituyen instituciones de derecho privado. De igual modo en los casos de legítima defensa de la posesión, también instituto de derecho privado, los particulares están autorizados a usar de la fuerza (Cód Civ., art. 2470). No obstante la relatividad explicada, el criterio expuesto se ajusta bastante a la situación actual de los pueblos civilizados.

23.1.2. Las ramas del derecho positivo: su origen y fundamento

Tradicionalmente, el estudio y la enseñanza del Derecho se presentan divididos en una serie de "ramas" que dominan la especialización científica, la división didáctica en "materias" y aun la división de los códigos y la competencia de los tribunales. La relativa independencia recíproca de estas ramas es un hecho que, al menos en el plano *didáctico*, está fuera de toda duda: efectivamente sucede que la investigación, el estudio y la enseñanza del Derecho se desenvuelven respetando estas divisiones. Sin embargo hay otro hecho igualmente llamativo que relativiza en buena

parte la importancia del anterior: en diferentes países y en diversas épocas, estas divisiones adoptan también formas diversas o no se las reconoce en absoluto. Así, por ejemplo, para los países anglosajones, la división primordial es en *statute law* (derecho legislado) y *common law*, división que no coincide ni aproximadamente con la imperante en los países de tradición romanista. En cambio, asignan una importancia escasa o nula a las divisiones del derecho en público y privado, o en civil y comercial. Otro caso: entre los romanos el contenido de lo que llamamos *derecho civil* era diverso de lo que hoy se engloba bajo dicha denominación.

El origen de las diversas ramas del derecho actual se puede pesquisar históricamente y en sus variantes de detalle de tiempo y lugar. La proliferación creciente de dichas ramas se debe, indudablemente, a la creciente complejidad de las relaciones sociales. Si se compara la vida de un habitante de nuestras grandes ciudades contemporáneas (Nueva York, Londres, Buenos Aires, etc.) con la vida de un habitante de la Roma de los primeros tiempos de la República, se echa de ver de inmediato una mayor complejidad de bienes, medios, relaciones, que debe reflejarse en una mayor complejidad de normas jurídicas y, parejamente, en una subdivisión mayor de éstas. Aun sin ir a buscar nuestra ilustración también lejos, sirva de ejemplo el siguiente dato, revelador en su sencillez: en 1870 nuestro Código Civil dedicaba seis artículos (del 1623 al 1628 inclusive) a la locación de servicios (del 1629 al 1647 están dedicados a la locación de obra). Pues bien: estos seis modestos artículos se han convertido hoy en leyes, decretos, convenios colectivos obligatorios, disposiciones y jurisprudencia que constituyen lo que, como desprendimiento del derecho civil, se denomina *derecho del trabajo*. Y esta proliferación normativa no es arbitraria, sino que está en estrecha conexión con la importancia y complejidad creciente de las relaciones de trabajo. Para muchas ramas del Derecho el origen es pues ése: la vida social se diversifica en nuevas formas y relaciones y el Derecho, que es él mismo vida social, prolifera en cada una de esas nuevas manifestaciones hasta que se formula y cristaliza en nuevas leyes y códigos. Tal el origen del derecho comercial a fines de la Edad Media vinculado a los comienzos de la economía capitalista; del derecho *marítimo* en íntimo contacto con el hecho de la navegación; del derecho de la *aeronavegación*; del derecho de *minería*, con la explotación minera, etcétera. Como se comprende perfectamente, las ramas del Derecho aparecen así en número no limitado y, en rigor, no en una clasificación cerrada sino en una *serie abierta. Los avances de la técnica y las modalidades de la vida pueden crear indefinidamente nuevas ramas o también hacer desaparecer o refundir en una sola otras ya existentes.* Esta proliferación y subdivisión indefinida de "ramas" del Derecho se manifiesta particularmente en el campo del derecho privado como sucesivos desprendimientos del derecho civil, que funciona así como derecho común. Esto ocurre así históricamente y de hecho, pero no necesariamente, por ejemplo, el derecho militar, el contravencional o el penitenciario son casos del mismo proceso en el campo del derecho penal, que es público.

Según lo que se ha visto en el párrafo anterior, *por su mismo fundamento en la vida histórica y variable, la distinción de las ramas del Derecho sería, en principio, variable y contingente,* por lo que no nos debiera asombrar algo que ya se dijo más arriba: que las ramas varíen con el tiempo y el lugar y que algunas sean desconocidas en determinadas culturas. *Sin embargo, hay otras ramas del Derecho que, a primera vista al menos, parecen descansar sobre estructuras necesarias o, al menos, constantes.* Así, por ejemplo, ocurrirá con el *derecho internacional*, como contrapuesto al *derecho estatal*, en cuanto determina el ámbito de validez de las normas de los ordenamientos jurídicos estatales singulares. Otro ejemplo lo tenemos en la contraposición entre *derecho procesal y derecho sustancial:* ambos parecen ramas necesarias desde el momento que es una característica del derecho positivo que sus normas determinen siempre, no sólo el contenido de los derechos y obligaciones, sino también los órganos y un procedimiento para individualizar en el caso concreto las normas generales. En otros términos: siendo una característica del derecho positivo el transcurrir como un orden graduado de normas de un contenido cada vez más estrecho hasta llegar a la norma individual que rige el caso concreto, y siendo esta derivación un procedimiento no sólo *material*, sino también y sobre todo *formal*, se hace necesaria en el orden jurídico la determinación de los *órganos* y del *procedimiento* mediante el cual éstos proceden a la creación de la norma. Tal el carácter necesario del fundamento del derecho procesal y por eso el derecho procesal acompaña, como la sombra al cuerpo, al sustancial, y así existe no sólo un derecho procesal civil, sino también un derecho procesal penal, un derecho procesal legislativo (normas para la sanción de las leyes).

Parecería también obedecer a un fundamento, si no necesario, al menos basado en estructuras *constantes* del Derecho, la distinción entre *derecho civil y derecho penal*, fundada en el carácter específico de una sanción: la pena criminal. Lo mismo podría quizás decirse del *derecho constitucional-administrativo* que, en esta unidad, estudiaría la actividad dadora de normas jurídicas de los órganos del Estado en su carácter de tales.

Según la opinión adelantada en los párrafos que anteceden, el fundamento de la subdivisión del Derecho en ramas sería, pues, doble: en unos casos la división obedecería solamente a motivos *contingentes*, prácticos

o técnicos, y estaría referida solamente al estudio y a la enseñanza del Derecho y a la organización legislativa y jurisdiccional del Estado; en otros casos, la división estaría impuesta necesariamente por estructuras *constantes* o *necesarias* del Derecho mismo. Análoga jerarquía cabe reconocer, como rama jurídica, al *derecho internacional privado*, atento que es supuesto del mismo un dato constante: la coexistencia en el mundo de distintos ordenamientos jurídicos y, por ende, la existencia de casos iusprivatistas con elementos extranjeros.

23.1.3. El proceso de la división del derecho en ramas; las relaciones entre las mismas y los diversos planos en que se plantea la cuestión de la autonomía

Ateniéndonos a los países pertenecientes a los sistemas jurídicos romanistas e iberoamericanos [6] cabe señalar como tendencia contemporánea común a todos ellos la de admitir la existencia de un número cada vez mayor de "ramas" jurídicas, más o menos autónomas. En términos un poco esquemáticos, podría relajarse el proceso del siguiente modo: en una primera etapa, nos encontramos con que la creciente complejidad de las relaciones e intereses interhumanos lleva a los legisladores a sancionar regulaciones jurídicas cada vez más especializadas y prolijas, que incluso hacen necesaria a menudo su consolidación en cuerpos legales. Se trata de una indiscutible *autonomía legislativa* (leyes o códigos propios) que frecuentemente acarrea también una autonomía *jurisdiccional* (tribunales especializados). Es lo que ha ocurrido, notoriamente, con el derecho comercial, el de minería, el del trabajo, el de las contravenciones, etcétera. En una segunda etapa, la citada diversidad y complejidad legislativa trajo naturalmente aparejada una especialización en lo *didáctico docente*, multiplicándose los manuales y las cátedras aun más allá de las grandes ramas de la legislación (derecho marítimo, derecho de la aeronavegación, derecho rural, derecho industrial, derecho penitenciario, etc.). Es una suerte de *autonomía didáctica, docente e incluso profesional*, que puede generalmente defenderse con buenos títulos.

La cuestión delicada surge cuando, en un tercer plano —que puede superponerse a los anteriores— se trata de establecer cuáles son las "relaciones" que tienen todas estas nuevas "ramas" del derecho entre sí o con los troncos de los que se han desgajado. Aunque se trata de un problema que se plantea con carácter *teórico* —es la llamada *autonomía científica*

[6] Acerca de la división de los sistemas jurídicos, ver, p. ej.: DAVID, René, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*; DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe, "El derecho comparado y los sistemas jurídicos contemporáneos", *L.L.*, 69-750.

de las distintas ramas— innecesario resulta destacar sus alcances *prácticos*, en cuanto las soluciones que se le den influyen en la legislación y la jurisprudencia.

A nuestro juicio, sólo pueden existir dos maneras de saber si una rama cualquiera es, o no, científicamente autónoma: a) si los principios que la informan por su carácter original y por constituir una construcción jurídica *sistemática, completa y cerrada*, hacen innecesaria toda recurrencia a los principios de otra rama, estaremos frente a una disciplina *autónoma*; b) si los principios de la rama en cuestión aparecen como contingentes excepciones, o *especificaciones* de los de otra disciplina, a la que se recurre además para la solución de los casos no previstos, no cabe hablar de una rama autónoma, sino, a lo sumo, de un recuadro o ramal más o menos *excepcional* (derecho de *excepción*) o *especializado* (derecho *especial*).

Si se aceptan los términos de la alternativa —de la que parece muy difícil escapar—, se hace forzoso poner en tela de juicio la "autonomía" científica liberalmente concedida a muchas "ramas" del Derecho, y celosamente defendida por sus respectivos adalides. En verdad, si hemos de ser rigurosos en la materia, parecería que sólo pueden invocar títulos aceptables para enfrentarse, *pari passu*, como ramas autónomas, cerradas y fundadas en estructuras constantes, las siguientes: el derecho *internacional* y el *nacional*, el derecho *sustancial* y el *procesal*, y finalmente, los derechos, *civil, penal, constitucional y, en cierta medida, el administrativo*.

Si, en cambio, sopesamos los títulos que pueden exhibir otras ramas del Derecho, advertiremos sin esfuerzo que resulta difícil equipararlas a las antes citadas. Amén de que no aparecen con iguales pretensiones en todas partes, se presentan en una serie abierta, que admite cariocinéticas divisiones poco menos que al infinito. Es claro que algunas de ellas han alcanzado un grado tal de autonomía *legislativa y docente*, que resulta difícil impugnar su autonomía científica. Es lo que ocurre, notoriamente, con el derecho *comercial* y el *del trabajo*. Pero aun en el campo de estas importantes disciplinas se advierte hoy una definida tendencia a aproximarse nuevamente al tronco del derecho civil, del que antes se ufanaban en haberse emancipado [7].

[7] El derecho comercial ha elaborado una serie de cuestiones —p. ej., contratos entre ausentes, circulación de los derechos, movilización de los créditos, seguros, etc.— que hoy se advierte que no son privativos de su ámbito, sino generales. De ahí que se propugne por muchos la recepción en el derecho civil común de los pertinentes principios comerciales, o sea, en otros términos, una suerte de "comercialización del derecho privado". Por otra parte, se propone hoy, por doctrinarios reputados, la unificación de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, y la extensión de la quiebra, incluso a los no comerciantes.

Mucho más endeble que la de los derechos comercial y laboral es la autonomía pretendida por otras ramas, como los derechos de la *navegación, rural, de minería*, etcétera. No es que neguemos que se trate de legítimas "especializaciones", que responden a la creciente complicación y a las nuevas situaciones de la vida comunitaria. Pero de ahí a parigualarlas con las disciplinas troncales del Derecho —a las que tienen que recurrir subsidiariamente a cada instante— media un abismo.

Análogo es lo que ocurre con el contemporáneamente llamado *derecho económico*, al que se suele considerar como la expresión jurídica de la política de *planeación* en lo económico-social, o, en otros términos, como el derecho de la economía organizada, en miras de lograr un desarrollo equitativa y solidariamente compartido. Sus heterogéneas instituciones, coligadas por contingentes criterios axiológico-dogmáticos, están en rigor afincadas en las viejas ramas del Derecho (administrativo, civil, comercial, penal, del trabajo, etc.). Si, pese a lo dicho, se quiere calificarlo como "autónomo", no hay inconveniente en complacer a sus cultores, pero siempre que admitan que nunca podrá ser insertada esta rama, en una clasificación, *al lado* de los troncales derechos civil, penal y administrativo, por la sencilla razón de que responde a otro *principium divisionis*: el derecho económico no puede ser parangonado con las ramas básicas de la enciclopedia jurídica, porque sólo puede concedérsela autonomía en un plano trasversal a ellas como una especialización de las mismas [8]; en última instancia se trata de una construcción jurídica que persigue adaptar unidades o rasgos comunes dentro de la diversidad de sectores del ordenamiento, como base sistemática para orientar mejor la política legislativa. Parecería que análogamente a lo que sostuvimos en materia de distinciones entre derecho público y privado, también aquí estaríamos en presencia de una "idea" regulativa y no de un concepto descriptivo; lo mismo sucede con el llamado *derecho social*.

En conclusión, repetiríamos lo dicho más arriba acerca de que, de ajustarnos a un criterio estricto, habremos de negar autonomía científica a la mayoría de las disciplinas jurídicas a las que se suele atribuir esa nota. Pero la persistencia con que se siguen reivindicando estas autonomías, nos lleva a pensar que, tras una argumentación pretendidamente "ontológica" se ocultan razones de carácter práctico y valorativo. Este delicado asunto merece capítulo aparte.

Proyecciones prácticas de la cuestión. La atribución de autonomía científica a una rama jurídica como cuestión valorativa, de política jurídica. Atribuir a un determinado sector del ordenamiento jurídico autonomía científica importa, en el plano de la técnica jurídica, elaborar con él lo que tradicionalmente se llama una *construcción jurídica*, el más depurado fruto de la *dogmática*. La construcción jurídica, máximo engendro de la dogmática conceptista, ha sobrevivido a su progenitora. ¿Cómo se explica esto? Pues, sencillamente, porque es un instrumento indispensable a la técnica jurídica, instrumento que no tiene por qué ir apareado al logicismo avital de la *Begriffjurisprudenz*. La ciencia jurídica de nuestro tiempo sigue elaborando construcciones jurídicas, sólo que no las encara como un ejercicio lógico, de espaldas a la vida, sino como una tarea a realizar, teniendo en mira la concreta experiencia jurídica y ateniéndose a las valoraciones vigentes en un momento determinado.

[8] AFTALIÓN, Enrique R., *Derecho Penal Económico*, Buenos Aires, 1959, pág. 22.

En rigor, toda construcción jurídica, aunque se pretenda ver en ella una categoría puramente lógica, alberga ingredientes histórico-contingentes e importa, quiérase o no, una concreta toma de posición axiológica frente a la experiencia jurídica. Por ejemplo, si sobre la base de unos pocos artículos de un código se erige en un momento dado a la separación de hecho de los cónyuges en toda una institución, es porque se estima (¡valoración!) que se dan en la realidad una serie de situaciones que requieren un tratamiento más justo que el tradicional. Si en materia de contratos comerciales se sostiene que los casos no previstos deben resolverse acudiendo a una construcción de los principios específicos del derecho comercial —en vez de recurrir al Código Civil—, es porque se estima (¡valoración!) que los principios del *ius civile* no son adecuados para solucionar con justicia y eficacia los problemas del comercio.

A la luz de lo expuesto se advierte con nitidez que *toda vez que los doctrinarios propugnan la autonomía científica de la conceptuación de un determinado sector de la experiencia jurídica, lo que están haciendo es, en el fondo, sencillamente, sostener que, si se aplican a ese sector los principios de la disciplina troncal dentro de los cuales era tradicional subsumirlo, no se satisfacen las exigencias de la justicia.*

En resumen: para saber si procede acordar a una disciplina cartas de autonomía hay que atender, no tanto a la belleza doctrinaria o a la perfección lógica del presunto sistema, sino a sus incidencias en la concreta experiencia jurídica.

La transición entre teoría general del Derecho y la enciclopedia jurídica. La cuestión de la "división" del Derecho en público y privado es el último tema de una teoría general del Derecho. En cambio la división del Derecho en ramas —pese a estar parcialmente arraigada en el campo de lo general (dado que resulta, en parte, necesaria)— es, sin embargo, el primer tema de la enciclopedia jurídica, debido a que como ya hemos vis-

to, la división del Derecho en ramas tiene en buena medida un carácter empírico-histórico contingente.

23.2. El derecho internacional público

23.2.1. Antecedentes históricos y doctrinarios

Se ha rastreado la existencia del derecho internacional público en el antiguo Egipto, en la India y entre los primitivos helenos y, no cabe dudarlo, su aparición bajo la forma de derecho intertribal debe haber sido simultánea a la del derecho estatal bajo la forma de derecho tribal. Sin embargo, la evolución de ambos ha sido muy diversa, pues mientras el derecho estatal adquiría bien pronto nítidos perfiles, el internacional conservó con muy leves variantes una figura borrosa, de contornos indefinidos, un carácter "primitivo" y una imperfección técnica que perdura hasta la actualidad. Este diverso grado evolutivo entre las relaciones humanas intraestatales y las relaciones interestatales motivó, en lo que se refiere al derecho internacional público como rama de la ciencia jurídica, su nacimiento con un atraso de más de quince siglos respecto del *ius civile* romano y motiva, aún hoy, la apasionante controversia sobre el efectivo carácter "jurídico" del derecho internacional público, o acerca de su *existencia"* [9].

Entre los romanos cabe citar como antecedente el *ius fetiale*, de fuerte fundamento religioso [10], que establecía el formalismo en las declaraciones de guerra y, por otra parte, el *ius gentium*, que era un Derecho aplicable a los hombres de cualquier pueblo y particularmente a los extranjeros residentes en Roma.

La idea del derecho internacional supone, por una parte, la existencia de *varios Estados* o comunidades jurídicas "nacionales"; y, por otra, el establecimiento de una cierta igualdad entre estas comunidades jurídicas parciales, sobre la base de la admisión de una instancia superior al Estado, es decir, sobre la base de la existencia de una *comunidad jurídica internacional*. Actualmente esta idea, debido a un mayor conocimiento mutuo y respeto entre los pueblos se abre paso paulatinamente en la comprensión del hombre contemporáneo [11]; sin embargo, no siempre ha sido así, y de aquí el enorme retraso en la concepción del derecho internacional.

En la Edad Antigua, la falta de una base cultural común conspiraba contra la idea de una comunidad superior a la nacional y, con ella, contra el concepto de derecho internacional. Un pueblo (el judío) que se consideraba a sí mismo como el único elegido; otro (el griego) que tenía a todos los demás por "bárbaros", y un tercero (el romano) que pretendía la dominación mundial, no podían admitir entre sí, ni frente a los demás, la equiparación, que es el supuesto del derecho internacional [12]. En la Edad Media dominó en el mundo de las ideas políticas el concepto de un reino mundial cristiano, bajo la diarquía del emperador y del Papa. No se conoció la multiplicidad de Estados y faltó también, por ende, el concepto de derecho internacional. Con el afianzamiento de los Estados frente al poder central del emperador y el Papa, y con el anejo concepto de *soberanía*, se hace posible la aparición expresa del derecho internacional. Pero aun en este punto de nacimiento de la ciencia, que se encuentra en la Edad Moderna, hay un defecto que será salvado con posterioridad; en tiempos en que la religión ocupaba el primer lugar de la cultura, la diferencia entre pueblos cristianos y no cristianos era tan inzanjable que sólo se admitió un derecho internacional cristiano-europeo. El concepto se extendió más tarde por obra de la secularización general de la cultura: Turquía fue admitida en 1856 —después de la guerra de Crimea— en el "concierto europeo"; el Japón en 1899 —después de su triunfo sobre China— y, en fin, puede decirse que en la actualidad el derecho internacional abarca todo el globo [13].

[9] Adelantamos para la recta inteligencia de lo que se expone en el texto, que el *ius civile* comenzó siendo el Derecho propio de los ciudadanos romanos, es decir, un equivalente aproximado de lo que hemos llamado "derecho estatal".

[10] La idea religiosa —como representante, probablemente, de la única instancia o "autoridad" por encima del mero poder político de los Estados— ha ejercido profunda influencia en el nacimiento y el desarrollo del derecho internacional. El formulismo de las declaraciones de guerra, impuesto por el derecho religioso del *ius fetiale*, se explica por el deseo de congraciarse con los dioses en el resultado de los próximos combates; la regla del respeto de los tratados tiene un origen semejante; ya que se ponían por testigos de los mismos a los dioses. En la Edad Media las mediaciones y arbitrajes pontificales, la tregua de Dios y la condenación de armas nuevas tienen el mismo fundamento religioso, representado entonces por la autoridad concreta de la Iglesia (SIBERT, Marcel, "Principios y evolución del derecho internacional", *L.L.*, 49-1047).

[11] Sin embargo, Kelsen señala, que el primitivismo anida aún en la doctrina dualista (la que —según vemos en el texto— no admite una fundamentación del derecho nacional en el internacional, por lo que, de ser consecuente, tendría que terminar afirmando que todas las instituciones y normas del mundo derivan directa o indirectamente su validez del derecho nacional): "Tal es el punto de vista del primitivo, el cual, con la mayor evidencia, solamente admite que: sea comunidad jurídica la propia comunidad, y orden jurídico el orden que la constituye: con arreglo a lo cual considera a todos los no pertenecientes a su comunidad como 'bárbaros' sin derecho..." (KELSEN, H., *Teoría Pura*, cit., pág. 207).

[12] RADBRUCH, G., *Introducción...*, cit., pág. 227. Seguimos la exposición clásica del maestro alemán porque sustancialmente contiene una gran verdad. Advertimos, sin embargo, que tomada al pie de la letra no es enteramente exacta, ya que entre los diversos Estados-ciudades griegos existió efectivamente una comunidad, y, en consecuencia, un derecho interestatal.

[13] Cfr. RADBRUCH, G., *Introducción...*, cit., págs. 227-8. Ideas semejantes expone

En lo que se refiere a la historia de la ciencia del derecho internacional público, ha sido usual considerar al holandés Hugo Groot (1853-1645), más conocido por su nombre latino (castellanizado Grocio), como el fundados de la disciplina, a la que habría instaurado juntamente con la filosofía del Derecho en su gran obra, publicada en 1625, *De iure belli ac pacis*. Tal punto de vista es inexacto. Las investigaciones de Lomer, de Nys, de Eduardo de Hinojosa, de Menéndez y Pelayo, de Brown Scott y de Joseph Barthélemy —entre otros— demuestran que, sin desmedro de los títulos de Grocio como sistematizador, corresponde calificar, no ya de precursor, sino de *creador* de la disciplina al dominico español Francisco de Vitoria (1546), quien en sus *Relecciones Teológicas* [14], al condenar la guerra injusta, al justificar la empresa colonizadora de España en Indias en la necesidad natural de comunicación de los pueblos y, sobre todo, al sostener la existencia de una verdadera comunidad jurídica internacional, estableció las bases mismas de la materia que denominó *ius gentium*, pero con el contenido preciso de un *ius inter gentes* [15]. La admirable expresión *ius inter gentes*, que aparece por primera vez en Vitoria, supone vínculos jurídicos entre naciones concebidas no ya como entes aislados sino como miembros de una comunidad de pueblos *interdependientes* [16].

Tanto en la concepción de Vitoria como en la de Grocio, el *ius gentium* se asienta en una idea iusnaturalista y es, efectivamente, en esta rama del Derecho donde la doctrina del Derecho Natural (ya en su versión teológica, ya en la concepción clásica) se ha mostrado más fecunda, al punto que aún hoy la sustentan conspicuos internacionalistas [17].

Marcel Sibert en su citado artículo: "Durante varios siglos este Derecho entre Estados, fue un Derecho entre Estados cristianos. Quedaron al margen la China lejana y la Puerta más cercana. En 1535 la alianza de Francisco I con Solimán provoca en Europa un verdadero escándalo. Turquía no es admitida en el concierto europeo hasta 1856: el Antiguo Celeste Imperio, hasta tiempos muy recientes, estuvo sometido respecto a las otras potencias a un régimen de desigualdad representado por las concesiones, los pactos y tratados y las franquicias del barrio diplomático de Pekín. Y por lo que se refiere al Japón, hasta fines del siglo último no salió de su larga noche feudal para entrar en la comunidad de los Estados".

[14] Eran lecciones extraordinarias sobre temas diversos, de las cuales se destacan para nuestra materia una sobre "Los indios recientemente hallados" (*De indis...*) y otra sobre "El derecho de guerra que los españoles tengan para hacerla en tierra de bárbaros" (*De iure belli...*).

[15] Ver LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Introducción...*, cit., pág. 624.

[16] La expresión *ius inter gentes* fue una aguda alteración introducida por Vitoria a la definición del *ius gentium* dada por la *Instituta* de Gayo: donde éste decía *homines*, Vitoria puso *gentes*: *Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur ius gentium*.

[17] Esta vocación iusnaturalista en el derecho de gentes puede manifestarse sin los inconvenientes con que tropieza la misma tendencia en el derecho estatal, ya que en aquél

En la actualidad las concepciones acerca del derecho internacional pueden sintetizarse en estos términos: 1) *iusnaturalistas*: hay ciertos principios intangibles y superiores al derecho positivo o a la mera imposición política de cada Estado, principios que constituyen en su sentido más auténtico el derecho internacional, es decir, supraestatal. Por ejemplo: la regla *pacta sunt servanda* (los pactos han de ser cumplidos), el principio de no intervención en los asuntos internos de otro Estado, el principio de la condena general de la agresión y la guerra (salvo la guerra justa, es decir, la que aparece como sanción a una transgresión al derecho internacional), el principio de libertad de los mares, etcétera; 2) *positivistas del derecho estatal*: parten del dogma de la soberanía ilimitada de los Estados y, sobre esta base, no admiten otro derecho internacional que el que libremente acatan o acuerdan los Estados. Esta posición acentúa preferentemente el estudio de los actos particulares por los cuales se manifiesta la voluntad de dichos Estados: tratados, convenciones, declaraciones, etcétera [18]; 3) positivistas del derecho internacional, que admiten: a) la existencia básica de un *derecho internacional general* de origen consuetudinario, tal como surge de la conducta efectiva de los Estados; y b) un *derecho internacional particular*, de origen convencional, cuya validez se apoya en el referido derecho internacional general consuetudinario a través de la norma *pacta sunt servanda*, que pertenece a este último [19]. Los principios inmutables, que los iusnaturalistas atribuyen a un

---

no existe el dogmatismo positivista del legislador o del Estado que siempre ha jaqueado las pretensiones iusnaturalistas. Pero no sólo en el plano del positivismo dogmático, sino también en el del positivismo filosóficamente más esclarecido de la escuela de Viena, se ha vuelto a producir la disensión y así, mientras Kelsen se mantiene fiel a un positivismo a toda prueba, Verdross, gran internacionalista también como aquél, no cree que se pueda prescindir de la noción del derecho natural.

[18] Desde luego que este positivismo estatal queda a mitad del camino o desemboca fatalmente en la negación del derecho internacional y su sustitución por un derecho político externo. Queda a mitad del camino porque el derecho internacional que surge de los tratados y acuerdos presupone una norma —que no pertenece al derecho estatal sino al *derecho internacional general*—. Se trata de la norma que establece que los acuerdos deben ser acatados (*pacta sunt servanda*) del mismo modo que en el derecho estatal la obligatoriedad de los contratos supone una norma general (art. 1197, Cód. Civ.) que les confiere dicha obligatoriedad.

[19] Es ésta la concepción de Hans Kelsen y, en general de la escuela de Viena. Así como en el derecho interno, podemos preguntarnos en el internacional por la validez de una norma internacional cualquiera, p. ej., por la de un fallo de una Corte Internacional de Justicia. Encontraremos que este fallo apoya su validez, p. ej., en un tratado. Si preguntamos ahora por la validez de dicho tratado (derecho internacional particular), nos encontramos con la norma de derecho internacional general (consuetudinario) que establece el respeto a los tratados. El derecho internacional general constituye, por lo tanto, en el or-

orden superior no serían, pues, otra cosa que normas positivas, de carácter consuetudinario [20].

Hasta nuestros días en que, con la escuela vienesa, se han abierto anchos rumbos a esta tercera concepción positivista del derecho internacional, la teoría de esta disciplina ha estado presidida —en agudo combate— por la doctrina iusnaturalista, con su inevitable déficit de cientificidad, y por la doctrina positivista estatal, que representa en su versión extrema la negación misma del derecho internacional público y su sustitución por un derecho (estatal) público externo [21].

---

denamiento jurídico internacional, una grada más alta que el derecho internacional particular, ya que éste deriva su validez, en su conjunto, de una norma perteneciente a aquél.

La regla *pacta sunt servanda* no es la norma fundamental del derecho internacional. Es solamente la norma fundamental relativa del derecho internacional particular y constituye por sí misma una norma positiva del derecho internacional general consuetudinario. Junto a ella encontramos otras normas de esta grada superior del ordenamiento jurídico universal que es el derecho internacional general: por ejemplo, la norma que se conoce con el nombre de principio de efectividad y que establece que un gobierno que logra asegurar obediencia duradera en un territorio, debe considerarse por los demás Estados como gobierno legítimo.

[20] Nos encontramos, pues, con que dentro de la construcción kelseniana —que aspira a dar una concepción unitaria del fenómeno derecho (positivo)— el derecho internacional general está constituido por un plano superior de normas, en el que fundamentan su validez tanto el derecho internacional particular (a través de la regla *pacta sunt servanda*) como el Derecho de cada Estado (a través del principio de efectividad). Junto a estos dos principios extraordinariamente importantes existen otras reglas del derecho internacional general, algunas de las cuales hemos especificado en el texto. Todas ellas tienen un carácter y una fuente común: el haber sido establecidas por la costumbre, es decir por la conducta efectiva de los Estados en sus relaciones mutuas. Si ahora, adelantando un paso más, nos preguntamos por la fuente de validez de estas normas del derecho internacional general, esto es, si persiguiendo siempre la unidad gnoseológica de nuestro objeto (el derecho positivo) nos preguntamos por la unidad de estas normas establecidas por vía consuetudinaria, encontraremos que el único carácter positivo que nos permite unificarlas es precisamente, ése: el haber sido establecidas por vía de la costumbre. Debe valer, pues, como "norma fundamental" del derecho internacional general, una que "instaure como situación fáctica jurídico-productora la costumbre, constituida por la conducta recíproca de los Estados" (KELSEN, H., *Teoría Pura*, cit., ed. 1946, pág. 172), norma que podría anunciarse de este modo: *Los Estados deben conducirse en la forma que han solido hacerlo* (KELSEN, H., *Teoría General*, cit., pág. 389).

[21] Tal es la fórmula atribuida a Hegel y que aceptan entre otros, BINDER, *Rechtsphilosophie*, § 26; SAUER, *Filosofía Jurídica y Social*, § 45, citada por LEGAZ, *Introducción...*, cit., pág. 625. Como observa acertadamente este último autor, la fórmula citada —derecho público externo— expresa esencialmente la negación del derecho internacional, aunque pretende pasar como su afirmación, en cuanto sostiene que impera "en tanto reconocido por el Estado".

23.2.2. Concepto

La denominación *derecho internacional* es debida a Jeremías Bentham, quien la empleó por primera vez en su obra *Principles of International Law*. Esta expresión sustituyó a la antigua *ius gentium*, empleada por los fundadores, que tenía un excesivo matiz iusnaturalista [22]. Se ha criticado a la denominación generalmente admitida —internacional— que el concepto de "Nación", no es apropiado y que debe ser sustituido por el de "Estado" que es el que corresponde en un plano rigurosamente jurídico-político.

Puede definirse el concepto del derecho internacional público diciendo simplemente que es *la rama de la ciencia jurídica que estudia las relaciones entre los Estados, sus deberes muy derechos*. Esta definición sustancial no es, sin embargo, completa ni rigurosamente exacta, pues admite las tres siguientes rectificaciones:

1°) Hablar del Estado como sujeto de relaciones (derechos y obligaciones) es una forma abreviada de hablar que implica la *personificación* del ordenamiento jurídico estatal. *Conducta* sólo pueden tenerla, en verdad, seres humanos, individuos. Al decir que el ordenamiento jurídico internacional faculta u obliga a los Estados, lo que se significa es que faculta u obliga en forma *mediata* a individuos determinando solamente *qué* deben hacer y delegando en el ordenamiento jurídico nacional (estatal) la determinación de *quién* es el encargado de cumplimentar dicha conducta [23].

2°) Los Estados no son los únicos sujetos del derecho internacional. Junto a los Estados, que son personas internacionales "naturales" del derecho internacional "general" o "natural", existen otras personas jurídicas internacionales creadas por el derecho internacional "particular" o "arti-

---

[22] "La expresión *ius gentium*, que en el Derecho Romano tenía su significación propia independientemente del objeto que nos ocupa, fue utilizada por el español Francisco Suárez (1548-1617) y por el holandés Hugo Grocio (1538-1645), designando la idea de un orden jurídico no escrito para regular las relaciones de los pueblos, idea que nació vinculada con la del Derecho Natural. Esta expresión tomó carta de naturaleza en la mayoría de los países, traducida a las respectivas lenguas (en francés *droit des gens*, en inglés *law of nations*, en español *derecho de gentes*, en italiano *diritto delle genti*); pero ha sido sustituida modernamente por la denominación *derecho internacional* (*droit international, international law, diritto internacionale*), menos en Alemania, en donde perdura la expresión *derecho de los pueblos* (*Völkerrecht*). (NIEMEYER, T., *Derecho Internacional Público*, Madrid, 1925, pág. 9).

[23] Ver en Cap. 11 la teoría pura del derecho y su concepción de las personas jurídicas.

ficial". Por ejemplo, la extinta Sociedad de las Naciones, la actual Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.) y algunas otras entidades u organizaciones internacionales. Mientras los Estados preexisten y son connaturales al derecho internacional mismo, estas otras personas internacionales son una pura creación del derecho internacional, a través de actos en los que los Estados expresan su consentimiento (tratados, convenciones, etc.).

3°) Excepcionalmente el derecho internacional establece también, en forma directa o inmediata, deberes de individuos, de personas de existencia visible. Así, por ejemplo, la norma de derecho internacional que prohíbe la *piratería*, es decir, todo acto de violencia ilegítima cometido en alta mar por la tripulación de un navío privado en contra de otro navío. Todos los Estados marítimos se encuentran autorizados por el derecho internacional general para proceder a la captura y castigo de los piratas. También es impuesta por el derecho internacional la obligación de *respetar un bloqueo* declarado y efectivo, estando establecida como sanción para su inobservancia la confiscación del barco y su cargamento. Obligaciones semejantes son establecidas por el derecho internacional general en lo que se refiere al *contrabando de guerra*. También el derecho internacional particular puede imponer obligaciones directamente a los individuos; así por ejemplo, el artículo 2° de la Convención Internacional para la Protección de Cables Submarinos (París, 1884) establece la punibilidad del hecho de romper o deteriorar dichos cables y el resarcimiento civil del daño.

23.2.3. El derecho internacional, ¿existe como Derecho?

Éste es el tema principal que presenta la materia, en el plano de la teoría general del Derecho. Se lo plantea en los términos de *existencia*: ¿existe el derecho internacional? o en términos de *esencia*: eso que denominamos derecho internacional, ¿es efectivamente derecho? (¿o se trata de normas morales, de puro derecho natural no vigente, en fin, de algo extraño al derecho positivo?). Hemos tratado de sintetizar este doble planteo en el título del acápite a fin de evitar toda confusión. Pasaremos, en primer lugar, ligera revista a los argumentos generales que suelen esgrimirse por los autores, para tratar luego, específicamente, de la cuestión esencial relativa a la sanción en el derecho internacional:

i) Argumentos generales

Se sostiene la inexistencia o el carácter ajurídico del derecho internacional porque: 1) no hay un *legislador* común que dicte normas a los Estados; 2) no hay un *tribunal internacional que los aplique; 3) no hay autoridad* o fuerza que las haga respetar.

Como réplica a esta argumentación, debe advertirse que: 1) no es indispensable que para existir el derecho sea formulado por legisladores en leyes: él existe independientemente de la ley y surge consuetudinariamente en la serie continuada de relaciones entre los Estados; 2) en lo que se refiere a tribunales internacionales, no es exacto decir que no existen en absoluto, pues hay algunas formas de jurisdicción internacional, tales como la Corte Internacional de Justicia, que en su carácter de órgano de la O.N.U. tiene potestad para fallar los conflictos que se le sometan voluntariamente, o previstos en la Carta de la O.N.U., o en tratados. Por lo demás, el Derecho no se manifiesta solamente con los tribunales, pues se da igualmente en el cumplimiento espontáneo de la obligación por el obligado, en este caso los Estados; 3) en cuanto a la falta de una autoridad o fuerza que haga respetar sus normas, es un argumento de carácter esencial que será tratado a continuación.

ii) La cuestión esencial: la sanción. La comunidad jurídica internacional

Al argumento escéptico esencial de que el derecho internacional carece de sanción (es decir, que falta en él la nota de *coacción*, característica del derecho positivo), contestan los autores partidarios de la existencia del derecho internacional diciendo que existen efectivamente sanciones, dado que el país que lo viola se expone a las *represalias* y a la *guerra* [24]. Pero este argumento, con ser exacto, no va al fondo de la cuestión pues, si bien es evidente que la guerra y las represalias son *actos de fuerza*, no resulta de la misma claridad que dichos actos de fuerza tengan el *sentido* de ser *sanciones*. Se trata aquí, en suma, del tema más general de la relación entre *derecho y fuerza* —tema directamente conectado con el de la *efectividad y vigencia*— y que hace verdadera crisis en el plano del dere-

[24] Los autores señalan otras "sanciones" como, p. ej., la retorsión, los embargos, el boicot, el bloqueo pacífico, etc.; sin embargo, Kelsen enuncia solamente dos: la *represalia* y la *guerra*, a las que considera respectivamente como intervención coercitiva *limitada* e *ilimitada*. Desde este punto de vista no caben terceros términos de interferencia violenta; por lo que tomamos la palabra *represalia* en esta acepción amplia, genérica.

cho internacional por la inexistencia de órganos fijos de la comunidad a los que se pueda deferir el problema.

En el derecho estatal, caracterizado por la *centralización*, existen, en efecto, órganos determinados y estables encargados de determinar —coactivamente, si es necesario— el sentido de las conductas. Por ejemplo, si se produce un hecho de fuerza, existe algún órgano encargado de decidir si ese hecho de fuerza constituye una *sanción* o *una transgresión*. No hay problema, por lo tanto, respecto del *sentido* que se debe atribuir en el derecho estatal a los actos de fuerza, ya que dicho sentido viene determinado en forma *general* por el legislador e *individualmente*, en el caso concreto, por el juez. En el derecho internacional, en cambio, no ocurre lo propio, ya que existe en el mismo el más alto grado de *descentralización*, es decir, que cada miembro de la comunidad —en este caso cada Estado— funciona como *órgano supremo de la comunidad misma. No hay diferencia formal* de ninguna especie entre el acto de fuerza ilícito (*entuerto*), y el acto de fuerza lícito (*sanción*). No es pues, tarea sencilla distinguir, en el plano del derecho internacional, cuáles actos de fuerza invisten la jerarquía de sanciones (lícitas), ya que parecería que dichos actos no pueden ser caracterizados sino como nudos hechos de fuerza.

Desde su punto de vista lógico-normativo, Kelsen trata de dar solución al problema, solución de suma importancia para su sistema que, como hemos visto, descansa en último término en la existencia de un derecho internacional general y en su norma fundamental. El razonamiento de Kelsen consiste en mostrar que los actos de fuerza de un Estado contra otro solamente pueden ser concebidos por el derecho internacional como *transgresión*, o como *sanción*, lo que equivaldría a decir que el derecho internacional sólo puede considerar lícito el acto coactivo cuando se manifiesta como reacción en contra de un acto antijurídico. Concretando el tema respecto del acto de fuerza más notorio, esto es, la guerra, puede resumirse del modo siguiente: ¿prohíbe el derecho internacional público la guerra de agresión y permite, en cambio, solamente la guerra como *sanción*? Kelsen pretende resolver este interrogante analizando la doctrina y las opiniones que se han emitido sobre la guerra. Según unos, todo Estado que no se encuentra especialmente obligado por algún tratado puede (licitud) hacer la guerra a voluntad. Según otros, la guerra está prohibida, en principio, por el derecho internacional general, sin necesidad de convención alguna sobre el punto. La guerra estaría permitida solamente como sanción: es ésta la doctrina de *bellum justum*, de rancio abolengo iusnaturalista pero en gran descrédito a partir del predominio del positivismo jurídico. Desde este punto de vista la tesis del *bellum justum*, encierra en efecto, un grave vicio lógico: da por probado lo que trata de demostrar ya

que, debiendo definirse la *transgresión* como el antecedente de la *sanción*, la tesis se ve obligada a adjudicar a ciertas guerras el carácter de sanción y considerar prohibidas otras, sin disponer de ningún criterio positivo para decidir cuáles guerras son sanciones. Llevado por la dialéctica propia de su pensamiento a este callejón sin salida, nos dice Kelsen que hay otro camino para evitar la dificultad: "...examinar las manifestaciones históricas de la voluntad de los Estados, los documentos diplomáticos y, especialmente, las declaraciones de guerra y los tratados internacionales: todas estas manifestaciones revelan claramente que los diferentes Estados... consideran la guerra como un acto antijurídico, prohibido en principio por el derecho internacional general y permitido solamente como reacción en contra de un acto violatorio. Esto prueba la existencia de una convicción jurídica que corresponde a la tesis defendida por la teoría del *bellum justum* [25].

Todos estos argumentos relativos a una "opinión pública internacional" no hacen sino señalar la insuficiencia de un pensamiento puramente normativista —como la teoría pura de Kelsen— sobre el Derecho y el ordenamiento jurídico internacional. Surge así la necesidad de trascender el formalismo normativista y fundar este sistema de normas en la conducta comunitaria. La guerra contra Irak en 1991 quizá nos ha mostrado una comunidad jurídica internacional en el momento preciso de su constitución como tal. Estados Unidos de América y sus aliados se erigieron en órganos de esa comunidad que prestó acatamiento (v. ptos. 14.2.2., 19.1.2.i] y 19.1.6.) general aunque sea opinable si actuaron comisionados por la O.N.U. o no.

23.2.4. El derecho internacional como derecho primitivo

Pese a la brillantez y a la finura de las argumentaciones en torno del problema de la sanción, éstas no resultan plenamente convincentes; son tantas y tales las diferencias entre el terreno conocido del derecho estatal y este huidizo derecho internacional, que parecen más importantes que las semejanzas. En particular son notablemente fuertes los siguientes argumentos: 1) la guerra no es siempre una sanción porque en los hechos, el victorioso en la guerra no es necesariamente el que ha procedido de

[25] KELSEN, H., *Teoría General*, cit., págs. 349-350. Es interesante ver aquí abandonar a Kelsen su logicismo y acudir a un ente real, témporo-espacial: a la "opinión pública", la "convicción jurídica", las "manifestaciones históricas", y alocución "voluntad de los Estados" (*sic*). Por más que ha postergado el contacto con la realidad todo lo posible, para respetar la pureza del método, aquí, en el último peldaño de toda su construcción, se ve forzado a apelar a ese contacto para afirmar la juridicidad del derecho internacional.

acuerdo a "derecho"; 2) la calificación misma sobre si el derecho internacional ha sido o no violado la hace el propio gobierno, de modo que la cuestión no puede resolverse de modo uniforme y se torna en extremo problemática. Kelsen no pretende ocultar la gravedad de estas objeciones, y particularmente de la última, que es esencial a su pensamiento [26], pero cree eludirlas satisfactoriamente señalando que dichas *objeciones sólo ponen de manifiesto la insuficiencia técnica de que todavía padece el derecho internacional, pero no le quita carácter jurídico.* Acude para ello a su famosa comparación entre el derecho internacional y el orden jurídico preestatal primitivo, sosteniendo que en sus aspectos técnicos el derecho internacional general es un derecho primitivo.

En los derechos primitivos no existen órganos jurídicos que funcionen de acuerdo al principio de la división del trabajo. No sólo no existe legislador, sino que ni siquiera existen órganos jurisdiccionales propiamente dichos, encargados de decidir los casos concretos. El sistema de la *autodefensa* de la *venganza privada* es el sistema de individualización normativa de los derechos primitivos: el individuo, familia o grupo, que encuentra que sus derechos (consagrados por la costumbre general obligatoria) han sido violados por otro individuo, familia o grupo, se encuentra autorizado —por la misma costumbre general— para ejercer actos coactivos contra el violador. El que así procede no es considerado, por su parte, como un transgresor, sino como órgano de la comunidad; la comunidad no considera su acto (p. ej., un homicidio) como entuerto, sino como un cumplimiento de un deber de venganza.

Caracterizado de este modo el derecho primitivo, se hace claro que el derecho internacional general se encuentra en dicha etapa de su evolución técnica. Por de pronto, predomina en él, precisamente, la técnica de la *autodefensa*, que significa la descentralización llevada a su máxima expresión; *los propios Estados son los órganos* supremos de la comunidad internacional en sus asuntos; es la misma parte afectada la que juzga la violación concreta de derecho internacional y ella misma procede a la aplicación de la sanción. Pero aparte de este carácter, que hace a la definición misma, pueden señalarse otros que también tipifican al derecho internacional como un derecho primitivo: 1°) predomina el sistema de *responsabilidad colectiva*, igual que en el derecho primitivo en que la

[26] En esta confesión el maestro vienés llega a decir que para él la adopción de la teoría de la guerra justa (esencial a su tesis de la juridicidad del derecho internacional) es una cuestión de preferencias y que esta decisión "política pero no científica" debe tomarse en consideración que sólo de ese modo podemos *concebir* "el derecho internacional general como un orden que hace del empleo de la fuerza un monopolio de la comunidad", es decir, como Derecho (Ver KELSEN, H., *Teoría General*, cit., págs. 358-359).

venganza no se preocupa de individualizar al violador sino que se ejerce contra cualquiera de su clan; 2°) la *responsabilidad es objetiva*, lo que significa que se desinteresa de la *culpa* del agente, atendiendo solamente al daño causado; 3°) existe *un solo tipo de sanción; la pena*, no se conocen aún las sanciones compensatorias; 4°) esta *sanción no se encuentra rigurosamente prefijada y proporcionada* al entuerto: la guerra o la venganza no tienen gradaciones proporcionales a la violación; 5°) las normas se crean por los mismos miembros de la comunidad, ya sea por la vía de la *costumbre* o por el *tratado* [27].

Ahora bien, ninguna de las peculiaridades del derecho internacional impiden que se verifiquen en su caso los supuestos esenciales a la juridicidad: la existencia de una pluralidad de sujetos, cuyas conductas respectivas se encuentran en interferencia intersubjetiva —pueden ser decididas coactivamente— y adquieren sentido a la luz de ciertas normas y valoraciones vigentes.

[27] Cfr. KELSEN, H., *Teoría General*, cit., págs. 256-260; *Teoría Pura*, cit., pág. 201.

CAPÍTULO 24

DERECHO POLÍTICO, DERECHO CONSTITUCIONAL. DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO FINANCIERO

CAPÍTULO 24

DERECHO POLÍTICO, DERECHO CONSTITUCIONAL. DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO FINANCIERO

24.1. DERECHO POLÍTICO

24.1.1. Concepto

El adjetivo "político" viene de la palabra griega *polis* con la que se designaba a la ciudad-Estado de los antiguos (Atenas, Esparta, Tebas, etc.). Político califica, por lo tanto, según su significado etimológico, todo lo relativo al Estado, a la "cosa pública" [1].

24.1.2. Derecho político y derecho constitucional. Ubicación del derecho político

Surge en forma directa de lo que hemos dicho en el párrafo precedente que *derecho político es la rama del Derecho que se refiere al Estado*. Pero, si en esta definición entendemos, como siempre, la palabra Derecho como equivalente a *derecho positivo*, resulta que el campo en cuestión está ocupado con buenos títulos por el derecho constitucional. Si la rama del derecho positivo que tiene relación con el Estado es el derecho constitucional, ¿qué queda para el derecho político? De hecho la materia se ha desenvuelto en forma equívoca y ecléctica entre las siguientes posibilidades extremas:

a) Reclamando un lugar específico en el plano del conocimiento: junto al derecho constitucional, que sería la rama de la ciencia positiva, es-

[1] La palabra Estado es relativamente moderna. Los griegos conocían el término *polis*, con el que designaba el Estado-ciudad típico de su organización política. Los romanos empleaban la expresión *res publica*, cosa pública, para referirse al Estado, en ellos el derecho político se confundía en sus límites con todo el derecho público.

taría el derecho político, como teoría general. El primero se ocuparía de un Estado determinado; el segundo de todo Estado. Dentro de esta dirección —que constituye la denominada *teoría general del Estado*— se han delineado aun dos corrientes perfectamente diferenciables: 1) la que busca lo específico del objeto de estudio (el Estado) en elementos reales, naturales o sociológicos y que constituye una teoría del Estado en cierta medida *jurídica* y en otra *extranjurídica* (*política* propiamente dicha). Se define así al Estado por tres elementos: territorio, población, poder, todos los cuales se encuentran, por cierto, en un plano natural. Como representante máximo de esta tendencia podemos mencionar a Jellinek; 2) la segunda corriente, representada por Kelsen y en general la escuela vienesa, pretende desenvolver una teoría general *estrictamente jurídica* del Estado es decir, depurada de todo elemento natural o *sociológico* [2] más propio de una política o de una sociología política que de un derecho político. En esta concepción el derecho político se disuelve en la teoría general del Derecho (o filosofía jurídica), ya que la teoría general (jurídica) del Estado no es diversa a a teoría general que está en la base de cualquier otra institución. En particular, el Estado se identifica con el orden jurídico nacional: se delimita por el derecho internacional público (positivo) y se comprende por la teoría general del ordenamiento jurídico [3].

[2] Son, pues, injustas las críticas que se hacen a la escuela de Viena, según las cuales en sus manos el Estado queda espectralizado, anémico y falto de todos los factores sociológicos, históricos y sentimentales que lo caracterizan. La teoría pura, busca una doctrina *jurídica* del Estado, independiente, pero no negatoria de lo que, en otros planos, puedan decir a su respecto la sociología y la política. Estas investigaciones sobre el Estado *suponen* un concepto *jurídico* del mismo, que les sirve de punto de partida.

[3] Para la exposición sistemática del pensamiento de Kelsen, ver Cap. 11. La insatisfactoria situación de la teoría política —nos dice Kelsen— se debe a la falta de acuerdo preciso sobre qué debe entenderse por Estado, palabra que los autores usan en diversas acepciones. "La situación aparece más sencilla cuando el Estado es discutido desde un ángulo visual puramente jurídico. Entonces se le toma en consideración como fenómeno jurídico únicamente, como sujeto de derecho, esto es como persona colectiva. Su naturaleza queda así determinada, en principio, por nuestra definición de las personas colectivas... La única cuestión pendiente es la que estriba en explicar en qué difiere el Estado de otras personas colectivas. La diferencia tiene que residir en el orden normativo que constituye a la persona jurídica estatal. El Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional (en oposición al internacional). El Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o del orden jurídico nacional que la constituye. Desde un punto de vista jurídico, el problema del Estado aparece, pues, como el problema del orden jurídico nacional".

Y continúa diciendo nuestro autor, concretando su crítica a la concepción dominante: "A veces se afirma que el Estado es una organización política, en cuanto tiene, o es 'poder'. El Estado es descripto como el poder detrás del Derecho, del cual deriva éste su fuerza. En cuanto tal poder existe, no es otra cosa que el hecho de la eficacia del orden jurídico... Pero en un sentido social, el poder sólo es posible dentro del marco de un orden normativo regulador de la conducta humana. Para que semejante poder exista, no basta que un individuo sea realmente más fuerte que otro y pueda forzarlo a observar determinado comportamiento, en sentido social o político, implica autoridad, es decir, la relación de superior a inferior. Dicha relación únicamente es posible sobre la base de un orden en virtud del cual uno está facultado para mandar y otro obligado a obedecer... Cuando se habla del poder del Estado, generalmente se piensa en prisiones y sillas eléctricas, cañones y ametralladoras. Mas no debe olvidarse que todas éstas son cosas muertas que sólo se convierten en instrumentos del poder al ser usadas por seres humanos..." (*Teoría General*, cit., pág. 201).

b) Otra corriente, apoyada explícita o implícitamente en la teoría general del punto anterior, desarrolla un estudio *histórico y comparado* de las instituciones estatales reales, buscando desentrañar así una *morfología sistemática* en la que se contemplen las diversas formas reales que ha asumido el Estado en la historia, a la luz de los conceptos esclarecedores de las formas posibles. Se trataría, en rigor, de una suerte de derecho constitucional comparado.

c) Un tercer enfoque se proyecta especialmente por los problemas deontológicos, axiológicos o iusnaturalistas conexos con el Estado. Estudia cómo debe ser el Estado; cuáles son sus *fines*; qué *fundamento* tiene el Estado en la naturaleza del hombre; qué *justificación* puede darse a la autoridad, etcétera.

d) La existencia de doctrinas, dispares y no conclusivas sobre todos los tópicos premencionados lleva a muchos autores a incluir bajo la etiqueta "derecho político" el estudio de las ideas y corrientes de ideas más importantes sobre dichos puntos. De esta suerte suele englobarse en la materia una *historia de las ideas políticas*, con el pensamiento de los autores históricamente más importantes (p. ej., Platón, Aristóteles, Hobbes, Locke, Rousseau, etc.). Junto a sistemas de pretensión teórico-científica suelen incluirse aquí también, *utopías* [4].

e) Por fin, reivindicando el carácter de derecho positivo, y en íntima conexión con lo expuesto en el apartado b), cabe diferenciar, *dentro* del derecho constitucional, por una parte, aquellas normas que hacen propiamente a la *estructura del Estado* (democracia, república o monarquía, federación, etc.), y por otra parte, aquellas normas que tienen una jerarquía

[4] Se denomina "utopía" —por aplicación antonomásica del título de la obra epónima de Tomás Moro— la descripción de un Estado irreal o ideal, en la que se combinan la imaginación y el entendimiento mostrando cómo *debiera ser* el Estado.

constitucional exclusivamente *formal* por su inclusión en el texto positivo de la constitución. Las primeras constituirían, por propio derecho, el *derecho político positivo* del Estado en cuestión, que sería, así, una parte o capítulo dentro del derecho constitucional. Volveremos sobre ese aspecto al estudiar el derecho constitucional. En cuanto a las normas que, si bien aparecen incluidas en el texto de la constitución, no configuran la estructura del Estado (p. ej., el principio de legalidad en materia penal), no pertenecen al derecho político positivo, sino, en todo caso, a un derecho constitucional así restringido.

En síntesis, *el derecho constitucional y el derecho político positivo (como parte de aquél) constituyen una rama del Derecho que estudia dogmáticamente* —como toda rama de la ciencia jurídica— *un Estado determinado, según su constitución positiva.* Pese a la superposición que se da entre derecho constitucional y derecho político, cabe reservar como específicas del segundo, las partes de la constitución que hacen a la estructura del Estado (democracia, monarquía, federación, etc.). Si bien con la expresión "derecho político" suele abarcarse, además, un conjunto de investigaciones filosófico-histórico-sociológico-políticas en torno del Estado, es de advertir que tales especulaciones —perfectamente legítimas— no forman parte de la ciencia jurídica en tanto disciplina dogmática.

24.1.3. Teoría del Estado

En general, se define el Estado como una población que reside en un determinado territorio y se encuentra sujeta a un poder (gobierno). O como la organización política de una población en un determinado territorio. Los *elementos* del Estado serían pues, según esta definición clásica, tres: *población, territorio y poder* (o gobierno).

Territorio. Es el lugar (terrestre, acuático y aéreo) en el que habita la población y se ejerce el poder. El territorio se prolonga en el mar en el denominado *mar territorial*, que se fijaba antiguamente por la distancia alcanzable por el poder, simbolizado por una bala de cañón disparada desde la costa [5]. En cuanto al *espacio aéreo*, se acepta que el poder del Estado se extiende hasta una altura ilimitada sobre su territorio y mar territorial. Por fin, se admite la existencia del elemento territorio aun

[5] El dec. 14.708, del 11 de octubre de 1946 declara perteneciente a la soberanía argentina el mar epicontinental y el zócalo continental de las costas atlánticas que enfrenta nuestro territorio. Medidas similares habían adoptado EE.UU. el 28 de septiembre de 1945, México, el 29 de octubre del mismo año, y también Colombia. Chile dictó una medida similar en junio de 1947. Perú extendió a 200 millas marinas su mar territorial en 1947 y la Argentina en 1967 por la ley 17.094.

en los casos de *nomadismo*, aunque éste, es por cierto, un punto oscuro en el campo doctrinario.

Población. Es el conjunto de personas que habitan en el territorio y que se encuentran sometidas al poder. No es indispensable que la población constituya una nación ni que presente homogeneidad racial (estos conceptos entran en otras conexiones culturales que no son decisivas para el Derecho). Se discute, en cambio, si la población debe integrar *familias* o no. Se ha producido al respecto una extensa cuestión doctrinaria sobre si el Vaticano constituye un Estado propiamente dicho u otro tipo de persona del derecho internacional.

Poder. Es el elemento específico y decisivo. Sociológicamente se lo define como *dominación o imperio.* Con la palabra *gobierno* se designa más bien al sujeto al poder, al órgano o conjunto de órganos; con la palabra *poder* se designa la condición específica. Si analizamos rigurosamente, en el plano del Derecho, qué se designa con la palabra poder, encontramos: a) el acto de *normar*, de emitir normas; b) la característica de la *coacción* compulsiva por medio de la cual se puede exigir el cumplimiento de dichas normas.

Esta difundida teoría general del Estado, que le asigna tres elementos, ha sido honda y justamente atacada por Kelsen, en su intento de dar una noción rigurosamente *jurídica* del fenómeno estatal. Los caracteres del denominado *poder estatal (norma y coacción)* son, en efecto, los mismos que definen el *orden jurídico.* Fracasa todo intento de concebir el Estado en términos de puro poder, fuerza o dominación —noción físico-natural—, y se hace necesario acudir a las nociones suministradas por el Derecho [6]. No puede concebirse jurídicamente al Estado sin ver en dicha formación social un *orden coactivo de la conducta humana*, es decir, un orden en todo idéntico al orden jurídico, un orden jurídico. "Pero no todo orden jurídico es ya designado como Estado; lo es sólo en caso de que el orden jurídico constituye, para la producción y ejecución de las normas que lo

[6] Ver *supra*, nota 3. Agregamos a lo allí dicho este otro párrafo de Kelsen: "¿Cuál es el criterio que permite distinguir de las demás las relaciones de dominio constitutiva del Estado? Consideremos el caso relativamente sencillo de un Estado en el que gobierne un solo individuo, en forma autocrática o tiránica. Incluso en tal Estado hay muchos "tiranos" que imponen su voluntad a otros. Pero sólo uno de ellos es esencial para la existencia del Estado, a saber, el que manda en nombre de éste. ¿Cómo distinguimos los mandatos emitidos "en nombre del Estado", de otros mandatos? Difícilmente, como no sea acudiendo al orden jurídico constitutivo del Estado. Los mandatos emitidos "en nombre del Estado" son los que se expiden de acuerdo con un ordenamiento cuya validez debe ser supuesta por el sociólogo que pretenda distinguir tales mandatos de aquellos que no son imputables a la comunidad política" (*Teoría General*, cit., pág. 197).

integran, órganos que funcionan según el principio de la división del trabajo. Llámase Estado al orden jurídico cuando ha alcanzado cierto grado de centralización. "En la teoría jurídica este orden es pensado como *persona* (esto es como sujeto de derechos y obligaciones), como persona "colectiva" o "jurídica" (esto es aquellas personas que no son hombres individuales). La teoría del Estado no es pues sino un aspecto de la teoría general de las "personas jurídicas"; aquí también el tema central consiste en determinar por qué los actos cumplidos por ciertos hombres no les son imputados a ellos sino a un sujeto (el Estado) pensado, como si dijéramos, detrás de ellos. En otros términos, se trata de saber por qué los actos realizados por los legisladores, jueces, funcionarios, no les son imputados directamente a ellos sino al Estado. Aquí también, siendo un tema de imputación, la solución sólo puede encontrarse por vía normativa: *los actos de tales sujetos se imputan al Estado porque una norma así lo establece.* El Estado no es, por lo tanto, sino una expresión para la unidad de un orden jurídico, "un punto de imputación que el espíritu del hombre cognoscente... está demasiado fácilmente inclinado a hipostasiar, a suponer real, para representar detrás del orden jurídico al Estado como un ser diferente de aquél. Ello significa que las nociones de Estado y Derecho no pueden ser escindidas, sino que han de ser siempre superpuestas; es la tesis de la *identificación de Estado y Derecho*: cuando aparece el Estado, se identifica con la noción de Derecho (orden jurídico nacional) [7].

Si ahora contemplamos a la luz de esta indagación de Kelsen el tema de los "elementos" del Estado, se desvanecen todas sus oscuridades. El *poder* no es sino la validez y vigencia de un orden jurídico; el *territorio* no es sino el *ámbito espacial* de validez (y vigencia) de dicho ordenamiento; la *población* no es sino el *ámbito personal* de validez (y vigencia) del mismo orden jurídico.

Junto a los tres elementos considerados por la teoría tradicional, la tesis kelseniana conduce a la mostración de otro "elemento" descuidado por aquélla; el *tiempo*. La presencia del tiempo como ámbito temporal de validez (y vigencia) del orden jurídico estatal es algo evidente de por sí. Cuando se afirma que dos Estados no pueden coexistir en un mismo territorio, se da por sobreentendido que ello es así en la unidad temporal, es decir, al mismo tiempo. La historia está llena de ejemplos de existencia sucesiva de dos Estados en un mismo territorio. Por otra parte, sólo el elemento temporal explica adecuadamente el tema de la creación y desaparición de Estados. En este punto, así como en el del ámbito territorial, es el derecho internacional público el que sirve a la delimitación del Estado.

[7] KELSEN, H., *La Teoría Pura*, cit., págs. 189 y sigs.

El concepto del Estado es, por consiguiente, el de *un orden jurídico parcial inmediato al derecho de gentes, relativamente centralizado, con ámbito territorial y temporal de validez jurídica internacionalmente delimitado, y con una pretensión de totalidad respecto del ámbito material de validez, sólo restringida por la reserva del derecho internacional* [8].

24.1.4. La soberanía

Es éste uno de los conceptos más zarandeados del derecho político. Alude al carácter supremo del poder estatal. Soberanía es, pues, *poder supremo* o poder soberano. Decir de un Estado que es soberano, significa que por sobre el ordenamiento jurídico estatal no existe otro ordenamiento jurídico superior. Pertenece al derecho internacional público (y a la teoría general del Derecho) enfocar el tema de la compaginación de la soberanía del derecho nacional con el derecho internacional, el primado de uno u otro orden jurídico (nacional o internacional) [9].

Para el derecho político, en cambio, la cuestión primordial consiste en determinar a quién corresponde la soberanía *dentro* del Estado, es decir cuál es el poder soberano o supremo dentro de él (p. ej., el pueblo, el monarca, etc.). La cuestión descansa en el equívoco de llamar igualmente *poder* al tributo del Estado en cuanto tal (vigencia y validez del ordenamiento jurídico) y también *poder* a la competencia de un *órgano* del Estado ("poderes" Legislativo, Ejecutivo y Judicial) para emitir normas obligatorias. De dicho equívoco surge el nuevo problema de saber cuál de dichos "poderes" es el soberano. Efectivamente —y así ocurre en los Es-

[8] KELSEN, H., *La Teoría Pura*, cit., ed. 1946, pág. 195.

[9] Si el Estado ha sido reducido al orden jurídico nacional, la cualidad soberana o suprema del poder del Estado significa que sobre él no existe un orden jurídico superior, es decir, un orden jurídico del cual derive el orden jurídico estatal y el orden jurídico internacional vale (e indirectamente valen con él los otros derechos nacionales) porque así lo reconoce el orden jurídico nacional; o se admite la primacía del orden jurídico internacional, en cuyo caso se desvanece la "soberanía" estatal, ya que el orden jurídico nacional queda subordinado al internacional que coloca en un plano de igualdad a todos los Estados por debajo de él.

En un sentido político, sin embargo, cabe siempre conservar para la expresión soberanía el siguiente significado: que no existe otro Estado o poder estatal superior al propio. La primacía del orden jurídico internacional no se opone a este saludable sentido de la palabra sino que, por el contrario, al colocar a todos los Estados en un plano de igualdad de derechos, el derecho internacional consagra la soberanía de todos oponiéndose, en cambio, al imperialismo de cualquiera de ellos.

tados constitucionales modernos—, ninguno de los "poderes" detenta la soberanía, por más que pueda decidir en forma definitiva cualquier asunto dentro de su esfera de competencia. Ninguno de los "poderes" u órganos constituidos detenta el poder supremo. ¿Lo tendrá acaso la convención constituyente? Tampoco es así, ya que la convención constituyente tiene generalmente limitados sus poderes por el acto que la convocó. Ello significa que para buscar al titular de la soberanía hemos de salir del campo del derecho constitucional-político (es decir, del derecho político positivo), y entrar en el del "derecho político", en la acepción no dogmática de la expresión, en cuanto sus especulaciones indagan los posibles detentadores de la soberanía, y cuál es, entre ellos, el más justificado.

En el siglo XVII, en el tránsito del sistema feudal a la monarquía centralizada y cuando no se concebía todavía otra forma de señorío que el personal, Bodin creó la doctrina de la soberanía, elaborándola de modo tal que justificaba las pretensiones de la monarquía. El *monarca* era el soberano y esta denominación, persistente hasta hoy, es el reflejo de aquella confusión apuntada entre Estado (orden jurídico) y órgano, bajo la palabra común *poder*, confusión buscada, sostenida y resumida en la famosa frase atribuida a Luis XIV: *L'État c'est moi*.

A fines del siglo XVIII la Revolución Francesa —poniendo en práctica ideas que ya se habían vuelto dominantes para esa época, y cuyo principal expositor había sido indudablemente Rousseau— [10] pretendió poner la soberanía en manos del *pueblo*, derrocando a la monarquía absoluta. La idea de que el pueblo debe ser el titular final de la misma puede decirse que estaba definitivamente afianzada a fines del siglo XIX de modo que actualmente impera en forma indiscutida.

24.1.5. Teoría del poder constituyente [11]

Correspondió al abate Emmanuel Sieyès figura destacada de la Revolución Francesa, llevar al terreno concreto del derecho político-constitucional las especulaciones iusnaturalistas de Rousseau. Esta hazaña fue llevada a cabo en un opúsculo famoso titulado *¿Qué es el Tercer Estado?*

[10] Para Rousseau el *cuerpo político* que recibe el nombre de *Estado* cuando es pasivo y *soberano* cuando es activo, es creación del contrato social. Los asociados toman el nombre de pueblo y se llaman *ciudadanos* en cuanto partícipes de la autoridad soberana y *súbditos* como sometidos a las leyes del Estado (ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*, libro I, Cap. VI, Buenos Aires, págs. 31-33).

[11] YMAZ, Esteban, "El poder constituyente", *L.L.*, 82-971; SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, Buenos Aires, 1943; AYALA, Francisco, "La teoría del poder constituyente", *L.L.*, 29-874; CUETO RÚA, Julio, "El poder constituyente", *L.L*, 55-891.

publicado en los albores de la Revolución con el propósito concreto de conquistar para la burguesía el papel decisivo en la nueva estructuración política, pero cuyo contenido teórico trascendente lo constituyó la caracterización del poder constituyente.

Sieyès distingue tres etapas o momentos en el análisis de los fundamentos del cuerpo político. En la primera encuentra los individuos aislados que quieren reunirse. En la segunda la sociedad política actúa ya merced a la voluntad común. Hasta aquí el pensamiento de Sieyès sigue las huellas de Rousseau pues la voluntad común se identifica, con lo que este último autor denominara voluntad general. Pero en la tercera etapa encuentra Sieyès que, debido a la magnitud alcanzada por la comunidad, no es posible reunir a todos los integrantes de la misma. Aparece entonces la voluntad común *representativa*.

El Estado, como conjunto de órganos y normas, como aparato coactivo de poder, no es, pues, otra cosa que un *representante* de la nación. Sus órganos son mandatarios y sus poderes delegados, *constituidos*. Frente al Estado y los poderes constituidos aparece la Nación como *poder originario y constituyente*. Este poder constituyente que reside en la Nación, es, pues, originario, imprescriptible e incontrolable. Ninguna norma lo regula pues él es el origen y fundamento de toda norma.

Tal la teoría del poder constituyente. Pero para entender bien la forma que la misma adopta en el pensamiento del abate Sieyès, deben tenerse presentes dos cosas: 1°) que él identificaba nación con *pueblo* y pueblo con *tercer estado*, es decir con la burguesía, con exclusión de la Espada, la Toga, la Iglesia y la Administración que ejercían las funciones públicas del Estado y que, por lo tanto, se justificaban solamente por el ejercicio de dichas funciones; 2°) que la raíz del pensamiento de Sieyès era iusnaturalista en el sentido del iluminismo e individualismo de la escuela del siglo XVIII. Por consiguiente el poder constituyente reconocía el límite impuesto por el derecho natural, a saber: el respeto a las libertades individuales.

Desprendida de su origen contingente y de la forma que adopta en su primer expositor, la teoría del poder constituyente se reduce, en última instancia, a afirmar una fuente primera necesaria de toda normación.

En esta forma depurada se lo ha desprendido de su conexión con el pueblo y, en un giro sociológico que atiende a las reales situaciones de poder, se lo ha definido como la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la existencia política (Carl Schmitt). Por su parte Hans Kelsen ha podido mostrar dicha fuente primera necesaria de toda normación como un presupuesto gnoseológico necesario del pensamiento.

Más recientemente, sin embargo, se ha mostrado que el "poder constituyente" se vincula necesariamente a la comunidad en cuanto es necesario el acatamiento colectivo de la constitución (principio de efectividad) y también de toda norma, para que ésta pueda ser considerada válida. La comunidad en última instancia, por su acatamiento general, produce las normas de carácter consuetudinario y acepta las de carácter legislativo, da soporte con su acatamiento a los órganos o poderes, los cuales se erigen sobre la base de dicho soporte del acatamiento colectivo. En este sentido puede hablarse de los órganos productores de normas como de "poderes constituidos" y de la colectividad en general como "poder constituyente".

24.1.6. Las formas de gobierno

Íntimamente vinculado con el punto anterior se encuentra éste de las formas de gobierno, planteado ya por Aristóteles en su *Política*. Según el gobierno esté en manos de uno, de pocos o del pueblo en general, el sistema será una *autocracia*, una *oligocracia* o una *democracia* [12]. Desde el punto de vista de la tradición de la *soberanía* puede decirse que, sin excepción, todos los Estados de la actualidad se presentan como *democráticos*, pues atribuyen esa soberanía al pueblo. El problema real de las formas de gobierno consiste, pues, en escudriñar las reales relaciones de poder, por debajo de las declaraciones generales o de las formas aparentes. Como el pueblo, en efecto, no es una persona individual con una voluntad real [13] no se encuentra en condiciones de ejercer directamente el

[12] Aclaramos que la terminología que se emplea en el texto no es la de Aristóteles, el cual, siguiendo a Platón, reconocía tres formas puras, *monarquía, aristocracia y república*; y sus contrarias impuras, *tiranía, oligarquía y democracia*. Sin embargo, esta combinación o mezcla de un criterio formal, neutral —de pura cantidad— y otro axiológico —sin hacerse las necesarias distinciones— confunde más de lo que aclara. Si nos atenemos al criterio puramente formal, neutral, de la categoría de cantidad (uno, algunos, todos) entendemos que la mejor designación para las tres formas posibles, de acuerdo con las raíces de las palabras griegas y el sentido que han tomado las palabras por gravitación propia, es el que hemos propuesto en el texto: *autocracia, oligocracia y democracia*. Si a estas formas posibles adosamos un criterio valorativo (que puede ser el que el soberano gobierne con miras al bien común o interés general o que, en cambio, gobierne contemplando antes que nada sus propios intereses) obtendremos tres formas axiológicamente más valiosas o buenas que podrían ser, por ejemplo, la *monarquía*, la *aristocracia* y la *república* y tres formas menos valiosas o malas que podrían ser la *tiranía*, la *oligarquía* y la *demagogia*.

[13] Rousseau, el primer teórico de la democracia, buscaba un régimen ideal en el que la *libertad natural* que poseería el hombre si no estuviere sometido a la compulsión del Estado (*status naturae*) se recupera en la forma de *libertad política* al formar parte, como

supremo poder que se le atribuye. De hecho ejerce el poder el gobierno, formado por los representantes del pueblo, cuyo poder se limita en definitiva a elegir a unos u otros representantes. Puede ocurrir —y no es insólito que ocurra— que, bajo la aparente forma democrática, ejerza el poder un solo individuo (autocracia, dictadura) o una minoría (oligocracia).

24.1.7. Fines del Estado

Las doctrinas sobre los fines del Estado son, notoriamente, materia más de la política que del derecho político en sí. La política constituye una investigación *sociológica* de las relaciones de poder y una investigación *valorativa* de los fines que debe desenvolver en su acción el ("los que mandan") Estado, o mejor dicho, el gobierno. El derecho político estudia la estructuración jurídica de un Estado constituido, estructuración que, por cierto, lleva implícita una concepción acerca de dichos fines. Política y Derecho suelen ser representados como dos círculos tangentes con un punto de contacto o, mejor aún, como dos círculos secantes, cuya zona común estaría constituida por el derecho político; pero la investigación relativa a los *fines* del Estado quedaría, según nuestro criterio, fuera de esta zona dogmático-jurídica.

Pese a la salvedad que precede, daremos una somera noticia acerca del tema que, en sus lineamientos generales, forma parte inexcusable de la cultura jurídica. Advirtamos, previamente, que el tema que seguiremos designando fines "del Estado" se refiere, en verdad, a los fines que persiguen o deben perseguir "los hombres" en su conducta o actividad política; en suma que no se trata de los fines de una entidad mítica o trascendente (lo que constituiría una hipóstasis) sino, como siempre que se trate de fines, de fines de la actividad o conducta humana, individual o colectiva.

En la antigüedad clásica griega el valor de la personalidad humana no se había afianzado. El fin del Estado era ilimitado, omnicomprensivo: abarcaba el bien y la felicidad universales. La absorbente *polis* griega tenía facultades de tutor para regular y vigilar la vida individual en todas sus manifestaciones. También durante la Edad Media y la Edad Moder-

ciudadano, del gobierno. Esta forma política es la *democracia*, en la cual cada uno concurre con su voluntad a formar la *voluntad general* que decide sobre la cosa pública y que es la detentadora de la soberanía. Pese a que la construcción de Rousseau falla en la medida en que dicha voluntad general no llega a ser una voluntad real, no debe olvidarse que su concepción de la democracia estaba mucho más aproximada al ideal democrático (mayoría numérica) que la actual, ya que él rechazaba la *representación* y propugnaba exclusivamente la *democracia directa* (al uso de los comicios romanos que constituían el poder legislativo de la Roma republicana, o de los cantones suizos que había conocido).

na, hasta la Revolución Francesa, las concepciones prevalecientes presentaban, en general, analogías con la anteriormente expuesta. Era el régimen que hoy se designa como *Estado de policía* o *Estado providencia*, según el cual tiene potestad para regir todas las actividades de los individuos, desde la religiosa hasta la económica. La tesis se conectaba a menudo con teorías legitimistas de la monarquía de derecho divino, que no derivaban la autoridad del Estado de los individuos que lo integraban sino de fuentes históricas, que no serían en última instancia más que la manifestación de una providencia inmanente. Hoy, este tipo de concepciones se suele vincular con las teorías que representan al Estado como un verdadero organismo cuyas partes concurren a mantener la vida del todo, del cual reciben el sentido que tienen.

Frente a esta corriente adquirió marcado relieve, desde el Renacimiento, otra que consistió esencialmente en una insurrección de los derechos individuales, en una afirmación de la libertad —especialmente de la libertad religiosa— y en una tentativa de poner vallas a la autoridad del Estado. La tendencia se manifestó en concreciones doctrinarias y en hechos históricos. Así, la teoría del contrato social, en su dirección histórica más importante (Locke, Rousseau, Kant), afirma que la sociedad es obra de la voluntad de los hombres y de ellos resulta que el Estado no debe imponer más límites a la libertad que los necesarios a la coexistencia. Las tentativas de Tomasio y de Kant por separar y distinguir doctrinariamente derecho y moral tenían, también, un hondo sentido histórico-político ulterior: reservar a los hombres un sector de actividad libre de la potestad del Estado. La misma Revolución Francesa, con su consagración de los derechos del hombre y del ciudadano, significó una gigantesca afirmación del valor del individuo.

Kant excluía de las finalidades del Estado la preocupación por el bienestar de los hombres: concretaba su misión a la de ser sostén del Derecho, el custodio del orden jurídico. El Estado debe realizar el Derecho para que sea compatible la libertad de cada uno con la de los demás, de manera que dentro de ese régimen común de libertad cada individuo busque, por sí mismo, su propio bien sin más ley que la moral y sin otra sanción que la de su conciencia. Spencer llega a afirmar que el Estado es "un mal necesario" y que, por tanto, debe limitar su acción a lo indispensable.

Todo esto fue afianzando un prestigioso cuerpo de doctrina que se llama, en general, *liberalismo*. La teoría liberal sostiene, en síntesis, que el medio más adecuado para lograr el mejor desarrollo ético de las personas y un entrelace armónico de sus actividades es concederles la máxima libertad, reconocer la autonomía de su voluntad. Sus corolarios lógicos *en el campo jurídico* son la libertad de contratar, de trabajo, de asociación,

de pensamiento, de palabra, de prensa y de reunión. Generalmente se suele considerar que el liberalismo entraña el reconocimiento sin límites de la propiedad privada. Pero ello no es necesariamente así. Conviene distinguir entre el liberalismo político y el liberalismo económico. El primero no es incompatible con formas de propiedad, más o menos colectivas como puede apreciarse contemporáneamente en Suecia o Israel. El liberalismo económico limita en lo posible la intervención del Estado (*laissez faire, laissez passer; Estado-gendarme*), dejando en libre juego las leyes de la producción y los principios de libertad de contratar, de asociación, de libre concurrencia, de libertad de comercio, y de mercado. Hoy está casi de más señalar cuánto hay de falaz en esta corriente tomada al pie de la letra hasta sus últimas consecuencias. El caso más patente es el de la libertad de contratar. ¿De qué sirve a un obrero la libertad formal de contratar las condiciones de su trabajo si, en los hechos, no tiene más remedio que optar entre someterse sin condiciones al dictado de los más poderosos que él o morirse de hambre? Para los poseedores de los medios de producción la propiedad se convierte en un poder sobre las cosas, en una dominación sobre los hombres: el que es dueño de los instrumentos de trabajo tiene imperio sobre los trabajadores y también, indirectamente, sobre los consumidores y los concurrentes. Más todavía; la propiedad absoluta de los grandes medios de producción, circulación y crédito confiere a sus tenedores un poder tal que se proyecta, incluso, sobre los titulares del poder político.

Esta situación originó, desde principio del siglo XIX, una poderosa reacción que comienza con los precursores del *socialismo*. Se generó así una concepción diametralmente opuesta, que sustenta una tendencia marcadamente *intervencionista, social* y que proclama como esencial la acción del Estado para conseguir una expansión eficaz del bienestar de todos. Es el ideario que los anglosajones llaman del *Welfare State* (Estado de bienestar) [14]. El Estado no puede cruzarse de brazos ante los problemas económicos y sociales, pues así se va al caos y a la anarquía. Sólo por una utopía pudieron los adeptos del liberalismo creer que esos problemas se solucionarían por sí mismos y que se lograría la justicia social merced a espontáneas y milagrosas armonías. Desde el punto de vista *jurídico* es necesaria una acción del Estado de tutela y de rectificación, para proteger a los más débiles y procurar a todos las más favorables condiciones. La propiedad deja de ser un derecho absoluto e inviolable para convertirse

[14] RENNER, Karl, *Die Rechtsinstitute des Privatrecht und ihre Soziale Funktion*, Tübinga, 1929; MORIN, Gastón, *La Révolte des Faits contre le Code*, Paris, 1920; FRIEDMANN, Wolfang, *Law in a changing Society*, London, 1964.

en una "función social" (Duguit) que crea deberes y sufre limitaciones cada vez más numerosas en aras de los intereses colectivos. En el orden *económico* el movimiento se traduce en el planeamiento y la regulación de la economía por el Estado, que organiza la producción, el cambio y la distribución, procurando imponer sus metas económicas por sobre las que pudieran perseguir otros centros de poder (Estados extranjeros, asociaciones de Estados, empresas transnacionales). Es lo que se ha dado en llamar economía *planeada* o *dirigida* [15].

En el lapso que medió entre las dos guerras mundiales, el auge de algunos Estados *totalitarios —comunistas, nacionalsocialistas o fascistas*— pareció precipitar la crisis del liberalismo, de la democracia y del parlamentarismo: la exaltación del puro poder como exclusiva o predominante finalidad y la subordinación total del individuo a la misma, se manifestaron como ideologías propias de un nuevo orden totalitario, destinado a reemplazar al liberalismo individualista democrático. La crisis de este último sistema se convirtió en moneda corriente entre los estudiosos y aun para el público. No obstante, el remedio era seguramente peor que la enfermedad. La pura exaltación del poder estatal puede convertirse en supremo fin en circunstancias extraordinarias o de peligro, pero como sistema normal o permanente de vida no consulta ni las más elementales aspiraciones humanas, ni aquella verdad perenne que incorporó a la civilización occidental el cristianismo: el valor indisputable de la persona humana, del individuo, hecho a la imagen y semejanza de Dios. Por eso, actualmente la revisión del liberalismo se encuentra hoy planteada, no ya en nombre del puro poder del Estado o de su eficacia —que si no guarda relación con el hombre siempre será una eficacia incomprensible (¿eficacia para qué?)— sino en nombre del mismo hombre en concreto, de su efectiva dignidad, bienestar y felicidad.

[15] La recta comprensión de la noción de *planeación* (o planeamiento, o planificación, programación), exige superar algunos confusionismos, a veces ligados a intereses económicos: a) es falsa la pretendida alternativa "liberalismo o planificación", porque todas las naciones son planificadoras, en mayor, o menor grado, con mayor o menor eficiencia y justicia. Lo único cierto es que se puede planificar para el despotismo (caso de los países totalitarios, de economías centralizadas) o para la libertad (esto último es lo que ahora suele llamarse planeación "democrática" o "concertada", o "indicativa", o "por inducción"); b) la noción de planeación, por lo mismo que es de tipo instrumental y puede asumir los caracteres referidos, no se superpone con la de totalitarismo; c) la noción de planeación tampoco conlleva necesariamente la de "estatismo" (la tendencia a asumir el Estado cada vez más funciones empresarias y la prestación de un número cada vez mayor de servicios), si bien no puede decirse que la excluye en forma absoluta: no es posible asegurar *a priori* la inconveniencia de que el Estado asuma determinadas actividades esenciales, toda vez que ellas se vinculen a la seguridad nacional o no sean cumplidas satisfactoriamente por los particulares (principio de subsidiariedad); d) finalmente, es de advertir que las metas de independencia económica o nacionalización de la economía no requieren necesariamente expropiación sino, en todo caso, que todas las industrias claves —de capital interno o extranjeras— sean *reguladas y controladas* por el Estado de modo tal que sirvan, como medios, la política económica estatal (Ver AFTALIÓN, Enrique R., "Planeamiento económico y Derecho penal", *L.L.*, 128-1967; *id.*, "Monopolios y empresas multinacionales", *L.L.*, 27-III-1967; *id.*, "Abogados y jueces en la evolución del Derecho argentino", *L.L.*, 19-VIII-1971).

Desde la perspectiva histórica actual, superada —al menos en la teoría— como una aberración pasajera la ideología totalitaria, se ha hecho evidente que *hay que distinguir entre los laudables aspectos políticos del liberalismo* (derechos y garantías; "El Estado no lo puede todo") y los *económicos* (*laissez faire*, libre competencia, etc.). Parece hoy esclarecido que el aspecto criticable del liberalismo es el régimen económico con el que se lo ha generalmente consustanciado, a saber, el *capitalismo liberal a ultranza*. La propiedad privada de todos los medios de producción unida al abstencionismo estatal han hecho del liberalismo económico —al menos en sus formulaciones iniciales— un régimen en el que dominan los poseedores de estos medios, de la riqueza (*establishment*), quienes no sólo imponen las condiciones del trabajo, la producción y el consumo, sino que también, directa o indirectamente, dirigen, a través de su interés, el Estado y la cultura.

Los *socialistas,* que caracterizan al capitalismo como un régimen de explotación de los trabajadores, propugnan en general el colectivismo, es decir, la abolición *gradual, por vía legal*, de mayores o menores sectores de propiedad privada (en especial: de las industrias y servicios básicos), para suprimir dicha explotación. En línea de principio, el socialismo no sería necesariamente incompatible con la democracia. El *comunismo*, por su lado, no es sino una especie dentro del género socialismo (socialismo marxista), caracterizada sobre todo por una diferencia *táctica*: no cree que pueda llegarse al socialismo por vía evolutiva y democrática.

El comunismo parte de que la propiedad privada es un robo, por lo que postula una transición de la empresa privada a la propiedad pública en forma simultánea y completa. Considera que para llegar a ese fin, constituye una etapa necesaria la *toma violenta del poder* por la clase proletaria. De este modo, mediante la *dictadura del proletariado* el Estado se convierte en el principal instrumento de la *revolución social*.

Hacia fines de la década del 80 ha quedado en claro, y finalmente ha llegado a ser un lugar común, que el comunismo ha fracasado en su confrontación con el capitalismo. El fracaso en lo político fue admitido por líderes comunistas calificados como N. Kruschov, Deng Xiao Ping y A. Gorbachov: el socialismo revolucionario no se compadece con la demo-

cracia que abraza en teoría y es proclive a un Estado de tipo policial. El fracaso se extiende a la economía y también a la tecnología (pese a éxitos aislados, especialmente de la U.R.S.S. en este campo). El régimen se ha mostrado incompetente en promover la abundancia y en medio de la escasez general los pocos recursos son requeridos por el aparato militar, policial y la tecnología e industria ligadas al mismo. El socialismo no revolucionario, en cambio, se ha mantenido fiel al ideal político de la democracia parlamentaria y ha tenido así que adaptarse al orden económico congenial con la democracia parlamentaria imperante en las grandes democracias occidentales, es decir, el capitalismo. No ha renegado explícitamente de sus orígenes marxistas pero en nuestra opinión su desenvolvimiento en el mundo capitalista tiene más semejanza con el socialismo idealista o utópico que Marx tildó de precientífico [16].

Fue ese fracaso del intento soviético de construir una sociedad "sin clases", con un modelo adoptado por la mayoría de los países comunistas, lo que motivó el derrumbe del llamado "bloque comunista". A raíz de ese derrumbe político la ex Unión Soviética (hoy nuevamente denominada "Rusia") así como los países que se constituyeron a partir de su desmembramiento (como Ucrania, Bielorrusia, Kazakistan, Lituania, Letonia, Estonia, etc.) y los países que integraban el bloque comunista (como la República Democrática Alemana, Polonia, Rumania, Checoslovaquia —hoy divida en dos países—, Hungría, Vietnam del Norte, etc.) adoptaron con diferentes particularidades el modo de producción y de propiedad capitalistas. A la fecha sólo países como la República Popular China y como Cuba no se han integrado a ese modelo.

El derrumbe del bloque comunista consolidó y expandió por el mundo el fenómeno de la "globalización", que en los hechos implica la desaparición de las fronteras nacionales y sus restricciones frente al funcionamiento del mercado financiero internacional cuyos intereses y reglas de desarrollo nada tienen que ver con las necesidades sociales de cada país. Así, la ideología del mercado fue identificada con la racionalidad misma de todo sistema económico y social, proclamándose la llegada del "fin de la historia"; fin que, con la misma ingenuidad o el mismo error, el comunismo pretendía para el momento en que arribase a la siempre distante sociedad "sin clases".

Esta identificación ideológica que asimila la lógica del sistema capitalista globalizado con la racionalidad misma, ha sido señalada por George

[16] Sobre el éxito de la "revolución capitalista" y el fracaso del socialismo, de diversos tipos de dirigismo y del denominado "movimiento tercermundista", ver BERGER, Peter, *La Revolución Capitalista*, Península, 1989.

Soros —un discípulo de Karl Popper que aplicó con gran éxito económico sus ideas al mundo de las finanzas y la administración de fondos de inversión—, como la causa de una futura gran crisis internacional (Soros, George, *La Crisis del Capitalismo Global*, Sudamericana, Buenos Aires, 1999).

En esa obra Soros señala que "...uno de los grandes defectos del sistema capitalista global es que ha permitido que el mecanismo del mercado y el afán de lucro penetren en esferas de actividad que no le son propias...", y advierte que "...el fundamentalismo del mercado es en sí mismo ingenuo e ilógico. Aun cuando dejásemos de lado las cuestiones morales y éticas más grandes y nos concentráramos exclusivamente en la esfera económica, la ideología del fundamentalismo de mercado tiene deficiencias profundas e irreparables. En términos sencillos, si a las fuerzas del mercado se les concede una autoridad completa, incluso en los campos puramente económicos y financieros, producen caos y podrían desembocar en última instancia en el desmoronamiento del sistema capitalista global...".

24.1.8. Noticia histórica sobre las formas del Estado y las ideas políticas

En Grecia la *polis* era un Estado de tipo absorbente y la vida pública ocupaba un primer plano en las actividades del ciudadano. Suele afirmarse que su organización era la de una democracia, pero es más correcto calificarla de oligocracia si se piensa en las masas de esclavos y extranjeros que no gozaban de los derechos políticos. Platón diseña en *La República*, un Estado ideal basado en la consagración absoluta a la cosa pública y en la división de clases y funciones (sabios, guerreros, trabajadores). Aristóteles, por su parte, traza con su *Política* los fundamentos del estudio del Estado y en sus *Constituciones* realiza un trabajo de observación y descripción de inestimable valor.

En Roma, derrocada la monarquía por el patriciado, se organizó la República romana que constituía una verdadera democracia para los patricios y una oligocracia para el conjunto del Estado, y en particular para los plebeyos. Con el tiempo fueron éstos adquiriendo representación en las magistraturas, de modo que se acentuó el carácter democrático del Estado. La conversión de Roma en una gran urbe, a causa de las conquistas políticas, transformó la democracia individualista y jerarquizada en una democracia de masas, movimiento que condujo al cambio de la forma de gobierno republicano, que evolucionó hacia la demagogia, y luego a la autocracia y al imperio. Cicerón (106-43 a.C.) desarrolló la teoría cíclica

del griego Polibio (210-125 a.C.) sobre las formas de gobierno, teoría que habrían de retomar más tarde Vico y Montesquieu.

Con la invasión de los bárbaros, el poder político adquiere nuevamente formas primitivas. Durante la Edad Media se gesta, sobre la base del vínculo de lealtad personal y de unión mística del hombre con la tierra, el curioso fenómeno del *feudalismo*. Al promediar la Edad Media podemos señalar la presencia de ciertos documentos políticos en los que cabe ver el origen de sus futuras constituciones: son las *cartas* otorgadas por el rey a los señores o a las ciudades (que empiezan a adquirir personalidad económica y política) en las que se establece una suerte del estatuto político de las partes (*Carta Magna* de Juan sin Tierra a los señores ingleses de 1215, Cartas Pueblas o *Fueros* en España). La doctrina se centra en un tiempo en las disputas sobre la primacía entre el Papado y el Imperio (güelfos y gibelinos).

En la Edad Moderna se produce, en los principales países europeos, una lucha entre el poder central del rey y el poder regional que aún detentaban los señores y municipios. Esta lucha se inclina a favor del poder central y, como resultado de la misma, particularmente en Francia, surge el Estado en el sentido moderno de la palabra. Hacia comienzos de esta edad escribe Maquiavelo su fundamental tratado *El Príncipe*, en el que se emplea por primera vez la palabra Estado con la significación de unidad política, y en el que se compendian los principios más importantes de toda una ciencia y arte: la política. A mediados del siglo XVII, Bodin formula la primera indagación en torno del concepto de soberanía, ratificando en el campo doctrinario la transformación histórica. Más o menos en la misma época publica Hobbes el *Leviathan*, obra de primera magnitud en la filosofía de todos los tiempos, en la que defiende la tesis del absolutismo del Estado sobre la base de un pacto de sumisión absoluta al poder, que harían los integrantes de la "sociedad natural" para huir del desventajoso estado de guerra de todos contra todos, propio del estado de la naturaleza (*homo homini lupus*).

A fines del siglo, en 1690, publica John Locke, "el sabio", su gran obra intitulada *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, libro que ejerce una gran influencia durante todo el siglo XVIII y aun después. En este trabajo se sientan las bases del *liberalismo* y, tanto por su ideología como por su repercusión, corresponde ubicarlo entre las grandes obras que se difunden en dicho siglo.

A mediados del siglo XVIII, en 1748, publica Montesquieu su *L'Esprit des Lois*, y en 1762 Rousseau da a luz su obra principal: *El Contrato Social*. Estas dos obras, juntamente con la de Locke, que ejerció sobre ellas fuerte influencia, suministran el contenido ideológico básico de la Revolución Francesa, que intentó llevar al terreno de la realidad el ideal

racionalista e iluminista de un Estado liberal y democrático, al menos formalmente. La Revolución extendió este ideario por toda Europa durante el siglo XIX.

24.2. DERECHO CONSTITUCIONAL

24.2.1. Concepto. Constitución en sentido propio

A modo de punto de partida, puede definirse el derecho constitucional como la rama de la ciencia del Derecho que tiene por objeto la constitución del Estado. Se hace necesario completar dicho concepto con el de la palabra "constitución", cuya acepción más general es la de "esencia y calidades de una cosa que la constituyen en tal y la diferencian de las demás". Así, toda cosa tiene su constitución, desde la más humilde hasta la más encumbrada; es posible hablar de la constitución del árbol, por ejemplo, al par que de la constitución del Estado.

Como hemos visto precedentemente al estudiar el concepto de Estado, la concentración del poder, vale decir la separación de gobernantes y gobernados, es la característica distintiva de la unidad política. La constitución de un Estado es, por consiguiente, la determinación de los gobernantes u *órganos* y las atribuciones de estas autoridades. O también: la constitución de un Estado es la norma o el conjunto de normas que determinan quiénes y mediante qué procedimientos se encuentran autorizados para dictar normas obligatorias y qué tipo de normas. La constitución determina no solamente los *órganos* sino también la *competencia* de los mismos, es decir los límites dentro de los cuales el órgano puede dictar normas obligatorias. Esta limitación del poder de los gobernantes puede abarcarlos a todos ellos en su conjunto, asumiendo frecuentemente, la forma de una "declaración de derechos" humanos que los gobernantes están obligados a respetar. De este modo la constitución regula, en términos generales, las relaciones entre gobernantes y gobernados, entre los "poderes" del Estado y los súbditos, sujetos al ejercicio de ese poder, como así también las relaciones entre los distintos poderes u órganos del Estado. No constituyen, sin embargo, normas constitucionales las que instauran órganos cuyas atribuciones y establecimiento se determinan por otro órgano constituido. En este caso aquel órgano se encuentra subordinado al que lo erige como tal y no constituye un órgano constitucional.

Podemos decir, en consecuencia, que *la constitución de un Estado es la determinación originaria (no derivada) de los órganos de gobierno y la competencia que se atribuye a los mismos para dictar normas obligatorias* [17].

[17] Hans Kelsen (*Teoría Pura*, cit., pág. 148) parece limitar la constitución a la ins-

Hemos definido el derecho constitucional con arreglo al concepto propio de constitución que surge de una coherente teoría del Derecho. Junto a dicho concepto *material* de constitución y, dado que dichos principios fundamentales pueden ser contenidos —y efectivamente ocurre que lo estén— en un código o carta, aparece un sentido *formal* de la palabra constitución, según el cual abarca todo cuanto sea sancionado bajo la forma de ese documento fundamental. Este sentido *formal* es convalidado por la teoría del Derecho cuando destaca que, de acuerdo con la constitución en sentido material, existe un órgano determinado encargado de dictar o reformar la constitución: las normas emanadas de éste gozan, por ese solo hecho, de jerarquía constitucional [18].

24.2.2. Constitución en sentido histórico restringido, "técnico" o impropio. Constitución y Estado de Derecho

Hasta aquí hemos señalado, en el plano de una teoría general del Derecho, lo que debe entenderse por constitución de un Estado, en el sentido más amplio y riguroso de la expresión: *materialmente*, la estructura de los órganos del Estado y *formalmente*, toda norma emanada del órgano autorizado para dictar la constitución. Por lo general, sin embargo, el vocablo "constitución" se emplea con *un alcance histórico más restringido*. Respondiendo a la común influencia de la escuela del derecho natural y racional de los siglos XVII y XVIII y especialmente de las obras de Locke, Montesquieu y Rousseau, dos grandes revoluciones, la americana y la francesa, inspiran todo el siglo XIX y hacen triunfar el sistema de dictar o *codificar* la constitución para diferenciarla claramente de las leyes ordinarias. Es lo que se ha dado en llamar, un poco impropiamente, "*constitucionalización*" de los Estados. Estos documentos escritos, llamados "cartas constitucionales" o simplemente "constituciones", consagran en forma solemne los principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal, las garantías esenciales que limitan, equilibrándolas como también las atribuciones de sus órganos, y aseguran la libertad de los ciudadanos. Se desdibuja así el sentido amplio y riguroso que presenta el término "constitución" dentro de la teoría del Derecho, y luce, en cambio, con brillantes contornos, una interpretación que confunde la constitución con el documento mismo que contiene los preceptos fundamentales. Ninguna trascendencia hubiese tenido esta doctrina si el fenómeno de constitucionalización, llevado a cabo a través de ese siglo XIX y materializado en dichos documentos, no hubiese sido, además —y principalmente—, la concreción histórica de una poderosa corriente ideológica (que podemos denominar sintéticamente con las palabras liberalismo-individualismo-democracia), que venía desarrollándose desde mediados del siglo XVII como reacción contra el absolutismo en el continente europeo y que había encontrado magnífica expresión en el pensamiento iusnaturalista.

tauración de los poderes autorizados a dictar normas generales, pero esta limitación se debe, seguramente, a la idea de que otros órganos y atribuciones pueden ser instaurados y determinados por vía legislativa.

[18] Tratando de superar el punto de vista exclusivamente lógico-normativo de Kelsen, ha definido Karl Schmitt a la constitución como la "concreta situación de conjunto de la unidad política y la ordenación social del Estado" (*Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, págs. 3 y sigs.).

La exigencia de que la constitución sea *escrita* es especialmente superficial: confunde *constitución* con el documento en que ésta consta. Con este criterio habría que excluir a Inglaterra cuya constitución es predominantemente consuetudinaria.

Al influjo de dichas ideas políticas dominantes, los códigos constitucionales, que fueron sancionados por la mayoría de los Estados civilizados de la Tierra, consagraron solemnemente las instituciones fundamentales del Estado moderno, llamado luego, por antonomasia, *Estado constitucional*. De modo que, a la luz de esta ideología, para calificar a un Estado como "constitucional" no basta con que tenga una constitución (pues ya sabemos que todo Estado posee necesariamente una), sino que sería necesario que posea una constitución *escrita*, que refleje *cierto régimen* de Estado de naturaleza especial.

Ahora bien; ¿en qué consiste la naturaleza especial del régimen de Estado que se forma en el siglo XIX y que caracteriza a los Estados modernos? En general se le atribuyen dos notas esenciales: la *libertad* y la *democracia*. Por la primera, la constitución establece un *régimen de garantías* para los gobernados, colocando toda una esfera de su persona y de su libertad al abrigo de los actos autoritarios del poder público; el Estado tendría su poder limitado por el Derecho y de aquí la expresión equívoca de *Estado de Derecho*, con la que suele también designarse a esta nota [19]. Por la segunda, el Estado moderno es *Estado popular o democrático*. Sintetizando ambas notas en dos frases lapidarias: 1) "El Estado no lo puede todo"; 2) "El Estado somos nosotros" [20].

El Estado constitucional, como fórmula político-histórica del Estado de Derecho (*Rechtsstaat*, según la difundida expresión alemana), ha sido

[19] En verdad, la expresión Estado de Derecho significa Estado limitado por el Derecho y encubre el sentido ideológico de justificar al Estado por el Derecho, cosa que sería comprensible de admitirse la existencia del derecho natural pero que no tiene sentido respecto del derecho positivo.

[20] NAUMANN, Federico, citado Por RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Madrid, 1930, pág. 51.

bien definido por los constitucionalistas americanos Willoughby o Rogers. "En un amplio sentido, dicen, todo Estado tiene un gobierno constitucional, esto es un gobierno que funciona según ciertos principios fundamentales constitucionales... Pero en un sentido más estricto y más corriente, un gobierno es constitucional, sólo cuando su funcionamiento se acomoda a principios que procuran una razonable garantía de que la voluntad política se inspirará en el interés de los gobernados y de que los derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad del individuo se determinarán por leyes generales o de carácter estable y estarán protegidos, tanto contra la violación por parte de la autoridad como contra intervenciones de otros individuos. El gobierno constitucional, pues, en el sentido en el cual semejante término se completa, significa ante todo un gobierno según el Derecho (*law*) y no según las órdenes o mandatos arbitrarios o casuales de una autoridad [21].

Un concepto enteramente semejante había sido ya expuesto por un constitucionalista americano en una de las obras clásicas de la materia: "Aunque de todo Estado puede decirse en cierto sentido que tiene una constitución, el término *gobierno constitucional* se aplica sólo a aquellos cuyas normas o máximas fundamentales no sólo definen cómo deben ser elegidos o designados aquellos a quienes se confíe el ejercicio de los deberes soberanos, sino que imponen restricciones eficaces a tal ejercicio con el fin de proteger los derechos y prerrogativas individuales y defenderlos contra cualquier acción del poder arbitrario" [22]. La misma doctrina había sido proclamada enfáticamente por primera vez en la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* en 1789 cuyo artículo XVI reza: "Una sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano, ni determinada la separación de poderes, carece de constitución".

24.2.3. Doctrina de la separación de poderes

La idea fundamental del Estado de Derecho es pues, en rigor, la de *limitaciones de los poderes estatales,* o de la limitación del Estado por el Derecho, concepción en la cual, desde luego, se usa la expresión "derecho" en un sentido que escapa a la noción de derecho positivo y se despliega en un plano del derecho natural. Esta idea liberal había sido desarrollada por Locke y podemos concretarla en el siguiente párrafo de su obra: "El poder social constituido jamás podrá ser imaginado como espaciándose más allá del bien común, antes se hallará obligado especialmente a asegurar la propiedad (vidas, libertades y haciendas) de cada cual" [23].

Esta idea fundamental se complementa con otra de similar importancia: la limitación del poder constituido mediante la *separación o división en diversos órganos recíprocamente balanceados e independientes.* No se trata ya del plano abstracto del "poder del Estado" sino del plano muy concreto del poder de los hombres, funcionarios y órganos dentro del Estado. Esta doctrina realista y empírica fue expuesta por el barón de la Brède y Montesquieu (1689-1775) en su célebre *Del Espíritu de las Leyes*, libro destinado a ejercer profunda influencia en la teoría y práctica constitucional de la humanidad, en uno de cuyos capítulos describe en forma ejemplar la Constitución de Inglaterra, código constitucional cuyo objeto es la libertad política [24].

"Nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella...". Para prevenir este abuso y hacer que en lugar de la arbitrariedad domine la ley, conviene que la constitución sea tal que (como en Inglaterra) los diversos poderes del Estado no se reúnan en un solo cuerpo o persona. ¿Cuáles son esos diversos poderes? Montesquieu nos señala tres: 1°) el Poder *Legislativo*; 2°) El Poder *Ejecutivo* de las cosas relativas al derecho de gentes (por el cual se hace la paz o la guerra, se envían o reciben embajadas, se establece la seguridad pública, y precaven invasiones); y 3°) el Poder *Ejecutivo* de las cosas que dependen del derecho civil por el cual se castigan delitos y se juzgan las diferencias entre particulares. Este último recibe el nombre de Poder *Judicial*. Cuando el Poder Ejecutivo y el Legislativo se reúnen en un cuerpo o en una persona, falta de seguridad, no hay libertad pues puede temerse que haga leyes tiránicas y las ejecute tiránicamente. Lo mismo pude decirse del Poder Judicial [25].

[21] WILLOUGHBY, Westel Woodbury - ROGERS, Lindsay, *An Introduction to the Problem of Government*.

[22] MC INTYRE COOLEY, Thomas, *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston, 1880, pág. 22; dice, por su parte, Charles Borgeaud en otra obra clásica: "El carácter fundamental de una constitución *escrita* es ser una ley de protección política, una *ley de garantías*" (*Etablissement et Révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, Paris, 1893, pág. 48).

[23] LOCKE, John, *Ensayos sobre el Gobierno Civil*, México, 1941, págs. 82 y 69 (nros. 13 y 123).

[24] Según Montesquieu, su obra no tiene otro mérito en este punto que el de constituir una descripción de las instituciones inglesas. Lo cierto es que Montesqueiu interpretó a Inglaterra a través de Locke. No cabe duda de que Locke ya enunció el principio en general, aunque no distinguió aún al Poder Judicial como poder independiente.

[25] MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, T. I, Ed. Garnier, Paris, págs. 222, 224 y 225.

La exposición que del principio de separación de los poderes nos da Montesquieu, no se aviene adecuadamente a la evolución que ha sufrido el Estado desde mediados del siglo XVIII. Baste para ello reparar en que su "poder ejecutivo del derecho de gentes" no guarda proporción con lo que es en nuestros días en todo el mundo el Poder Ejecutivo. La doctrina, no obstante, se ha incorporado en forma definitiva al derecho constitucional de todos los países civilizados, éxito debido, de un lado, a la solidez de su fundamento [26] y del otro, al triunfo de la democracia [27]. La doctrina de la separación de los poderes tiene una importancia tan decisiva que se ha dicho con todo fundamento que "no hay cuestión importante de derecho público de la cual esté ausente el examen del principio de la separación de los poderes" [28].

En la actualidad el principio de separación de poderes sigue siendo básico en el derecho constitucional; no obstante lo cual se observa la tendencia a centralizar los poderes en el Ejecutivo en forma un tanto marginal a dicho principio. Se señalan como factores de esta tendencia: a) el carácter técnico que asume la legislación, impropio frecuentemente para la discusión parlamentaria, que da lugar a la denominada *legislación delegada*; y b) el carácter, también especializado o técnico, de ciertas materias, que las hace inadecuadas para su resolución por los tribunales judiciales [29].

[26] La división tripartita descansa, en efecto, sobre un fundamento racional (la división entre legislación o norma general y ejecución o norma individual) y un fundamento *empírico e histórico* (el hecho de que la aplicación de la norma general a los casos concretos sea efectuado por cortes de Justicia o por órganos administrativos).

[27] Ya hemos dicho en el parágrafo sobre derecho político que, al menos formalmente, el triunfo de la democracia puede considerarse indiscutido en el mundo contemporáneo.

[28] BIELSA, Rafael, en el prólogo al citado libro de Bosch.

[29] La frecuencia cada vez mayor con que el Poder Legislativo por un lado delega sus facultades legislativas y, por otro, confiere ciertas funciones judiciales (instituyendo tribunales especiales dependientes del Poder administrador) es un fenómeno mundial, que obedece a las causas consignadas. En Inglaterra provocó justificada alarma, a raíz de la cual se nombró una comisión informante, la que se expidió en 1932. El informe del *Commitee on minister's powers* justifica tanto la delegación del Poder Legislativo como los tribunales especiales en virtud de los factores técnicos aludidos, recomendando, para evitar la desnaturalización del principio de separación de poderes, las siguientes normas: a) definir claramente en la ley los límites del poder delegado; b) preservar en la ley de jurisdicción de los tribunales comunes; c) establecer reglas eficaces sobre publicación de la legislación delegada; d) necesidad de que el Parlamento ejerza por sí mismo una supervisión sobre la legislación delegada en el Ejecutivo, estableciendo a ese efecto una comisión en ambas cámaras. En lo que respecta a los tribunales administrativos especiales, se justifica también su creación, recomendándose que debe concederse siempre un recurso de apelación ante los tribunales comunes (BLEDEL, Rodolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Público Anglosajón*, Buenos Aires, 1947).

24.2.4. Democracia

Como otra característica fundamental del Estado constitucional moderno debemos mencionar a la democracia. Si el *liberalismo*, o sea, la limitación de los poderes del Estado, representa el *aspecto negativo de la libertad* (esto es la libertad de los ciudadanos frente al poder del Estado, la garantía de una esfera de libertad para el individuo intangible para el Estado, el reconocimiento de fronteras infranqueables para la actividad estatal), la *democracia* representa en el Estado, la participación del pueblo en la legislación y el gobierno.

La democracia, en cuanto aspecto positivo de la libertad, es el fruto de una transformación de la idea, originariamente negativa, de libertad, esta *metamorfosis de la idea de libertad* ha sido contemporáneamente estudiada por Kelsen, rastreando sus orígenes hasta el mismo Rousseau, primer teórico de la democracia. La exposición del maestro vienés puede sintetizarse del modo siguiente [30]:

Originariamente, la idea de libertad tiene un sentido puramente negativo: la *ausencia de toda sujeción*. Este instinto primario de protesta contra toda sujeción es reforzado por la idea de *igualdad*, la conciencia del propio valor que rechaza la superioridad de los demás: "Él es un hombre como yo, y todos somos iguales. ¿De dónde saca su derecho a mandarme?". Sin embargo, esta idea de libertad así expuesta está en oposición al orden jurídico mismo: es concebible en el "estado de naturaleza" en el que gustaban fundamentar sus afirmaciones los iusnaturalistas de la escuela clásica, pero no en la "sociedad civil". Así, al pasar del "estado de naturaleza" al estado social, el problema fundamental consiste en encontrar una fórmula mediante la cual el hombre se encuentra sujeto a un orden social y permanezca, sin embargo, libre [31]. La *libertad natural sufre así su primera transformación en* "libertad política", *descubriéndose que ya que es necesario gobernarnos, se aspira al menos a gobernarnos por nosotros mismos*. El individuo sujeto al orden es, no obstante, libre, si su voluntad individual se encuentra en armonía con la voluntad colectiva.

[30] KELSEN, H., *Teoría General*, cit., págs. 299 y sigs.; *id., Esencia y Valor de la Democracia*, 2ª ed. alemana.

[31] ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, cit., L. I, Cap. 6: "Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza de la comunidad la persona y los bienes de cada uno de sus miembros y mediante la cual cada uno, uniéndose a todos, sin embargo, solamente se obedezca a sí mismo y siga siendo libre como antes. Éste es el problema fundamental resuelto por el contrato social".

Ahora bien, esta armonía queda garantizada cuando el orden social es creado por la voluntad de los mismos individuos sujetos a ese orden. En otros términos, cuando los sujetos al orden (*súbditos*) son simultáneamente *ciudadanos*, es decir, sujetos activos de dicha voluntad. Esta libertad, que es *autodeterminación*, se parece mucho aún al anarquismo. No es posible asegurar un orden social si se exige la voluntad unánime constante de los sujetos, lo que constituye la idea pura de autodeterminación. *Un orden social requiere ser impuesto aun contra la voluntad de los sometidos al mismo.* Ya que no es posible la autodeterminación total, la idea de libertad, en compromiso con el orden social, aspira a la autodeterminación o *libertad máxima posible.* Y ésta se halla garantizada por el principio de la *mayoría.* Mediante el principio de la mayoría, en efecto, se asegura (supuesta la igualdad de los hombres) el máximo de libertad posible ya que se garantiza la coincidencia de la voluntad estatal con la voluntad del mayor número. La mayoría gozará, por lo tanto, de la autodeterminación y se realizará en la medida máxima posible la idea de libertad. La *transformación de la idea de autodeterminación en la mayoría* es el otro paso importante que conduce de la idea originaria de libertad a la idea de la democracia.

Las dificultades sin cuento que afronta el concepto clásico de democracia —al punto que la peor dictadura puede encontrar su apoyo en un amplio sufragio popular—, ha llevado contemporáneamente a los autores a abandonar el criterio formal y cuantitativo clásico para proponer, en cambio, alguno que se interne en el proceso real de la formación de las decisiones de gobierno. En ese sentido suelen distinguirse en la democracia dos matices: a) como *forma de gobierno*, esto es, como técnica de gobierno apoyada en las mayorías; b) como *estilo de vida*, en cuanto se entiende que conlleva determinadas exigencias éticas y políticas, especialmente en orden al funcionamiento de ciertos mecanismos de *participación y contralor del pueblo en y sobre* el gobierno, de modo que exista *consenso y separación de los poderes.*

En términos de síntesis podemos decir, en consecuencia, que la *democracia designa el ideal de un gobierno ejercido por el pueblo mismo, es decir, por todos. Supone la intervención y representación* de los gobernados de acuerdo con ciertas reglas de juego que permitan a diversas fuerzas políticas competir por el acceso al poder.

24.2.5. Contenido de las constituciones modernas

Hemos dicho que las constituciones modernas han seguido, en términos generales, los principios políticos y la ideología iusnaturalista expuestos en los párrafos anteriores. De acuerdo con dicha concepción, las

constituciones comprenden generalmente dos partes: una, que se propone denominar *dogmática* [32], en la que se enuncian los principios fundamentales, la forma de gobierno, la soberanía del pueblo, las garantías de libertad individual y los derechos protegidos; la otra, *orgánica*, se refiere a los poderes, su organización y funcionamiento, etcétera. En nuestra constitución dichas partes se denominan, respectivamente "Declaraciones, derechos y garantías" y "Autoridades de la Nación".

Fundiendo en un solo concepto de constitución el sentido amplio del que hemos hablado en el 24.2.1. y el histórico restringido al que hemos hecho referencia en 24.2.2., algunos autores definen el derecho constitucional en forma que permite comprender a un tiempo la parte *dogmática* y la *orgánica* diciendo, por ejemplo: que la constitución de un Estado comprende "aquéllas de sus reglas o leyes que determinan la forma de su gobierno, y los derechos y deberes del mismo frente a sus ciudadanos y de éstos respecto del gobierno [33].

24.2.6. Antecedentes históricos y orígenes del constitucionalismo

En la Edad Media, a medida que iba perdiendo fuerza la constitución general feudal consuetudinaria, fueron estableciéndose diversos derechos o privilegios particulares que, si bien no tenían como objeto específico la estructuración del Estado, significaban sin embargo la limitación de la autoridad del príncipe, y, en ese sentido, pueden figurar como antecedentes históricos del constitucionalismo moderno. Entre estos establecimientos merecen citarse, por su singular importancia, los *fueros* o *cartas* concedidas por el rey de España a diversas ciudades: el fuero de León, del año 1020; el de Nájera, de 1076; de Burgos, de 1073; el ordenamiento de León de 1188, etcétera.

En Inglaterra la *Carta Magna* —que según la tradición los barones ingleses impusieron, espada en mano, al rey Juan sin Tierra— constituye en

[32] Así, p. ej., Adolfo Posada, dijo hace ya tiempo, siguiendo a Francisco Giner: "Las *Declaraciones de derechos* de las constituciones norteamericanas y de la Constitución francesa de 1791... forman esa parte o elemento *dogmático*, con sus expresiones y declaraciones definidoras e imperativas, que consagran determinados principios y normas fundamentales —p. ej., la fuente o residencia de la soberanía, las condiciones y garantías de la personalidad y ciertos derechos y libertades, etc.—. El resto de la constitución, o sea, las disposiciones sobre organización de los poderes, determinación de sus respectivas funciones y de las relaciones entre las instituciones que lo desempeñan forman la parte o elemento *orgánico*" (POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Político*, 3ª ed., Madrid, 1923, págs. 17-18).

[33] BRUCE, James, *The American Commonwealth*, T. I, London, 1888, pág. 475.

el año 1215 una manifestación de dichas cartas o capitulaciones, que entronca ya directamente con el movimiento constitucional moderno. Así como en el continente el paso del *Estado feudal* —estructurado en brazos o estamentos— al *Estado democrático* contemporáneo conoció la etapa intermedia de la *monarquía* absoluta, Inglaterra, en cambio, transformó directamente los antiguos estamentos en una representación popular. De aquí que, en Inglaterra se haya pasado en forma paulatina y por etapas sucesivas sin solución de continuidad a un Estado, que, si bien mantiene aún supervivencias del Estado medieval, ha sido el primero en acercarse al ideal del moderno Estado de Derecho, constitucional y democrático. Por eso es menester arrancar el constitucionalismo inglés de la Carta Magna de 1215 y asentarlo principalmente en la observancia de la costumbre. Pueden señalarse, sin embargo, algunas etapas escritas de importancia en ese proceso: la Petición de Derechos (1628), el acta de Hábeas Corpus (1673), el *Bill* de Derechos (1689), y el Acta de Establecimiento (1701).

El origen del constitucionalismo moderno propiamente dicho lo encontramos, sin embargo, en las colonias inglesas que constituirían más tarde los Estados Unidos de América del Norte. Gran parte de los emigrantes eran puritanos, cuya organización religiosa descansaba en la idea de un pacto o contrato —*covenant*— en cuya virtud cada miembro de la iglesia adquiría derechos y deberes frente a sus correligionarios [34]. Las colonias, organizadas sobre la base de un pacto semejante, obtenían por otra parte el reconocimiento de su *status* mediante una *carta* otorgada por el Rey. Al concretarse la emancipación de las colonias inglesas la concesión real perdió importancia en dicho *status* y apareció en primer plano el origen contractual del Estado [35].

El primer Estado que se dio una constitución, en el sentido estrictamente moderno de la palabra, fue el Estado de Virginia, que lo hizo el 29 de junio de 1776, pocos días antes de la declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del Norte. Esta constitución contenía una "declaración de derechos" [36] que indudablemente ejerció influencia más tarde en Francia a través de Franklin y Adams. La Revolución Francesa,

[34] BORGEAUD, *op. cit.*, págs. 5-8.

[35] JELLINEK, Georges, *L'État Moderne et son Droit*, T. II, pág. 174.

[36] Encabezaba dicha declaración de derechos este párrafo solemne: "Que todos los hombres son por su naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes de los que cuando ellos entran en sociedad, no pueden por ningún pacto privar o despojar a su posterioridad particularmente el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener su felicidad y seguridad". El autor de la declaración fue George Mason y colaboró James Madison.

en fin, no sólo sancionó diversas constituciones para su país sino que difundió el movimiento constitucionalista en todo el continente europeo y en el mundo.

Después de la guerra de 1914 se produjo un nuevo movimiento de constitucionalización, en el que se destaca la intervención preponderante de juristas técnicos y el sentido socializante del proceso, en contraste con el individualismo imperante hasta entonces. El fracaso de estas constituciones, más o menos perfectas en teoría (como la famosa Constitución alemana de Weimar) pero absolutamente ineficaces en la realidad, fue proseguido por un movimiento antagónico de "desconstitucionalización" que culminó con los llamados Estados totalitarios.

Terminada la Segunda Guerra Mundial se puede observar un tercer movimiento de constitucionalismo, caracterizado por acentuar aún más la tendencia *social*, buscando un mejor equilibrio entre el individuo y la sociedad [37]. A ese carácter puede agregarse, en nuestro concepto, el de *internacionalidad*, en el sentido de que muchos conceptos fundamentales del derecho constitucional tienden a adquirir jerarquía internacional, al ser formulados por convenciones u organismos internacionales, como ocurre con la Declaración Universal de Derechos aprobados por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1948.

24.2.7. Tipos de constituciones

Es frecuente clasificar las constituciones de acuerdo con su *forma* y de acuerdo con el *modo como pueden elaborarse o reformarse*. De acuerdo con su forma se dividen en *escritas y no escritas* (consuetudinarias); las primeras se dividen, a su vez, en codificadas y no codificadas. De acuerdo con el modo como pueden elaborarse o reformarse se dividen, a su vez, en *rígidas y flexibles*, admitiendo algunos autores la categoría de *semirrígidas*.

La *Constitución inglesa* se cita siempre como tipo de constitución *no escrita y flexible*. Aunque algunas de sus normas son escritas, la mayoría de las mismas se fundan, como gran parte de derecho inglés, en los precedentes modificados por un constante proceso de interpretación. Formalmente, el Parlamento es todopoderoso, pero este aserto no pasa de ser una ficción jurídica, ya que existe de hecho un gran apego a los antecedentes, que constituyen un verdadero derecho consuetudinario que ase-

[37] La declaración XI del Acta de Chapultepec, punto 12, reza: "El fin del Estado es la felicidad del hombre dentro de la sociedad. Deben armonizarse los intereses de la colectividad con los derechos del individuo. El hombre americano no concibe vivir sin justicia. Tampoco concibe vivir sin libertad".

gura a la Constitución inglesa una estabilidad de la que carecen incluso las constituciones escritas más rígidas. Algunas de dichas normas consuetudinarias han sido desarrolladas por los tribunales como parte del cuerpo general del *common law*; otros, en modo semejante, han sido desenvueltas por las prácticas del Parlamento.

El sistema constitucional inglés se caracteriza, pues, por: a) la ausencia de una "constitución" escrita; y b) por la supremacía del Parlamento. "El poder legislativo ordinario se halla confundido con el poder constituyente de la Nación. No puede existir, por lo tanto, una constitución escrita superior a la ley ordinaria. Los precedentes judiciales que constituyen la importante fuente del *common law*, se hallan subordinados a las leyes sancionadas por el cuerpo legislativo". El poder del Parlamento (con mayor propiedad habría que decir: el rey —o la reina— en Parlamento) es ilimitado.

Como se dijo en el informe producido por el *Committee on minister's powers* en 1932: "Puede hacer las cosas más grandes y puede hacer las más pequeñas. Puede dictar leyes generales para un vasto imperio y puede establecer una excepción particular para un individuo particular. Puede disponer —y en realidad ha dispuesto— el pago de pensiones a la vejez a todos aquéllos comprendidos dentro de las condiciones legales; puede también disponer —y en realidad también lo ha hecho— que el cocinero del obispo de Rochester sea muerto por cocción ('...se ordena y sanciona por autoridad de este Parlamento que el mencionado Richard Rose sea, por tanto, muerto por cocción sin gozar de ninguna ventaja por su condición eclesiástica')" [38].

Aunque en teoría la soberanía del Parlamento no tiene restricciones, el principio no pasa de ser una abstracción jurídica puesto que en la práctica existen límites, de naturaleza "política", uniformemente reconocidos. Dichos límites son: la tradición del *common law*, el aumento de los poderes del gabinete, la prerrogativa del rey de disolver el Parlamento, la opinión pública y el derecho internacional. El principio de la soberanía o supremacía del Parlamento emana del *Bill of rights* de 1689 y no ha sido puesto en duda en ningún momento por la doctrina, pese a reconocerse simultáneamente el principio de la separación de poderes expuesto ya en 1690 por Locke.

La *Constitución de los Estados Unidos de América del Norte de 1787* suele mencionarse como tipo de constitución *escrita codificada*; las *Leyes constitucionales francesas* de 1875, finalmente, proporcionan un ejemplo de constitución *escrita no codificada*. Pero es menester hacer

[38] BLEDEL, R., *Introducción...*, cit.

constar que esta clasificación en constituciones escritas y no escritas, aunque muy difundida, carece, sin embargo, de verdadero rigor. En efecto, no puede afirmarse que la Constitución inglesa sea no escrita; a lo sumo, podría decirse que es *preeminentemente* no escrita: si bien no se reduce a un código o un grupo de leyes, tampoco se reduce a las costumbres sancionadas y desenvueltas por los tribunales y el Parlamento. Al lado de éstas encontramos numerosos estatutos o leyes, algunos tan importantes como el *Reform Act*, de 1832 (ley de reforma electoral), el *Parliament Act*, de 1911, etcétera. Tampoco puede decirse, por ejemplo, que la Constitución argentina sea totalmente escrita, porque la experiencia histórica enseña que el país ha admitido el juego de algunas instituciones consuetudinarias [39].

La división de las constituciones en *flexibles y rígidas* ha sido propuesta por Bryce [40]. Son flexibles cuando las leyes o normas constitucionales pueden ser establecidas o modificadas por el Poder Legislativo ordinario, de la misma manera que las demás leyes, como ocurre en Inglaterra, con las salvedades que hemos anotado; son rígidas cuando esas normas están colocadas fuera del alcance o por encima del Poder Legislativo: dictadas por una autoridad superior (asamblea o convención constituyente), no pueden cambiarse sino por ella (Estados Unidos, Argentina). Entre las formas extremas de constituciones flexibles y rígidas que hemos escogido como ejemplos se ha señalado una gradación de tipos intermedios. Puede suceder, por ejemplo, que para modificar las normas constitucionales se requiera una mayoría especial en la legislatura ordinaria, sin ser necesaria la convocatoria de una asamblea especial. Se pueden denominar estos grados intermedios constituciones *semirrígidas*.

24.2.8. El sistema constitucional argentino [41]

i) Supremacía de la Constitución

Artículo 31.— *Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias*

[39] Ver *infra*, 24.2.8.

[40] Cfr. BRYCE, James, *op. cit.*, T. I, págs. 475-480. La división propuesta por Bryce ha logrado gran difusión.

[41] VANOSSI, Jorge R., *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, 1975; BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires; ROMERO, César Enrique, *Derecho Constitucional Argentino*; TAGLE ACHÁVAL, Carlos, *Derecho Constitucional*; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*; SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1978.

extranjeras, son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia está obligadas a conformarse a ella no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...

Tanto el artículo correspondiente a la Constitución norteamericana como el de la nuestra establecen la *primacía de la legislación nacional sobre la provincial* —primacía necesaria para la unidad nacional—, pero ambas disposiciones establecen, además, la primacía de la Constitución Nacional por sobre las leyes del Congreso, las cuales deben ser dictadas como *consecuencia* de la Constitución [42].

Nuestro sistema constitucional, pues, como el norteamericano, se funda en el principio de la supremacía de la Constitución, cuyas disposiciones no pueden ser derogadas por el Poder Legislativo ordinario. En ambos países se ha desenvuelto una importante doctrina tendiente a hacer jurídicamente efectivo el *principio de la supremacía constitucional*. Esta doctrina consiste en *que todos los jueces tienen la obligación de abstenerse de aplicar las leyes violatorias de la constitución*. En los Estados Unidos la doctrina fue consagrada por vía jurisprudencial por el famoso presidente de la Corte Suprema, John Marshall, en una causa célebre: "Marbury *vs.* Madison". Dijo en aquella oportunidad el juez Marshall:

"Los poderes de la Legislatura son definidos y limitados; y para que estos límites no sean confundidos u olvidados, la Constitución es escrita. ¿Por qué estos poderes serían limitados y por qué estos límites serían consignados por escrito si ellos pudieran ser, en todo momento, traspasados por aquellos mismos que se ha tenido la intención de contener...? La Constitución es, o bien una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está al nivel de las leyes ordinarias y como todas las otras leyes, puede ser modificada cuando a la Legislatura plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley; si la última parte es la

[42] Ver sin embargo, "Missouri *vs.* Holland" (252 US. 416), caso en el cual la Suprema Corte de los Estados Unidos decidió que el Congreso de la Unión podía dictar una ley regulatoria de la caza de aves migratorias si esta regulación constituía un medio de hacer efectivas las disposiciones contenidas en un tratado con una potencia extranjera y aun en el caso de que dicha ley hubiese sido inconstitucional —en ausencia de dicho tratado— por violación de los poderes reservados a los Estados.

Nuestra Corte Suprema de la Nación ha tenido oportunidad de declarar por su parte, que en nuestro ordenamiento jurídico, los tratados con potencias extranjeras y las leyes de la Nación gozan de un idéntico grado de prelación y que, en consecuencia, por aplicación del principio *lex posterior derogat priori* el dec.-ley 6578/58 (luego ley 14.467) modificó el Tratado de Comercio y Navegación celebrado con la República del Brasil en 1940, aprobado por la ley 12.688.

verdadera, las constituciones escritas son tentativas absurdas de parte del pueblo para limitar un poder que, por su naturaleza misma, no puede ser limitado... Esta teoría acompaña esencialmente a una Constitución escrita y debe ser, en consecuencia, considerada por las cortes como uno de los principios fundamentales de la sociedad... Si dos leyes están en conflicto entre sí, las cortes deben decidir sobre la aplicabilidad de cada una".

La misma doctrina ha sido sentada por la Corte Suprema de la Nación y aparece explícitamente consagrada ya en 1888 en el caso, también famoso, de la "Municipalidad de la Capital c/Elortondo". Dijo en aquella oportunidad el alto tribunal:

"Es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan, o no, conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos [43].

Los decretos del Poder Ejecutivo según esto deben subordinarse a la ley propiamente dicha. Ver, no obstante lo que se dice en la nota 59 respecto de los decretos de "necesidad y urgencia" que fueron reconocidos por la reforma constitucional de 1994 (art. 99, inc. 3°).

La Reforma de 1994 estableció, entre las "atribuciones del Congreso" que *...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes* (art. 75, inc. 22). Con esta disposición se supera la discusión sobre el punto. No obstante debe tenerse en cuenta que esos tratados deben ser previamente aprobados por el Congreso Nacional de acuerdo con la misma dis-

[43] CSJN, *Fallos*, 33:194.

Debe tenerse presente aquí que la declaración judicial de inconstitucionalidad de una ley no equivale a la *anulación* de la misma. De ahí que, si bien la ley no se aplica en el caso sometido a decisión del Tribunal, conserva en general su validez expuesta, desde luego, a continuas impugnaciones en nuevos casos particulares. A más de este punto debe tenerse en cuenta: a) que los tribunales no proceden jamás de oficio en estas cuestiones y *sólo a requerimiento de parte interesada*; b) que *no evacuan consultas* abstractas sino que se pronuncian cuando un *caso* es sometido a su decisión; c) que no *deciden cuestiones políticas*, por considerar que cada uno de los tres poderes aplica e interpreta por sí la Constitución, cuando ejercita las facultades que ella le confiere.

Estos argumentos han sido esgrimidos por nuestros tribunales y tratadistas para sostener que la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes no implica una transgresión al principio de separación de poderes.

posición, con ello la consecuencia fundamental de la reforma consiste en que una ley posterior a un tratado no puede contradecirlo por tener una jerarquía normativa inferior al mismo.

ii) Fuentes del derecho constitucional

Como fuentes de derecho constitucional debemos mencionar aparte de la constitución o carta fundamental, la costumbre [44] y la jurisprudencia de los tribunales, particularmente la del tribunal supremo.

Nuestra carta constitucional fue sancionada en 1853 y reformada en 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994. La reforma de 1949 fue dejada sin efecto por una proclama del gobierno de la revolución del 1° de mayo de 1956. Los jefes de la revolución del 28 de junio de 1966, atribuyéndose el ejercicio del "poder constituyente" promulgaron un "Acta de la Revolución argentina" con dos "anexos": un mensaje al pueblo argentino y el "Estatuto de la Revolución argentina". De dichos instrumentos resulta que la Constitución Nacional queda convalidada en todo lo que no se oponga al Estatuto y a los ""fines de la Revolución", debiendo destacarse entre las reformas de mayor monta la atribución de facultades legislativas al Presidente de la Nación (Estatuto, art. 5°).

Nuevamente, el 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas asumen el gobierno, estableciendo, en tres documentos básicos un ordenamiento constitucional de emergencia, al que asignan un *carácter transitorio*, en el sentido de que su fin último sería "*asegurar la posterior instauración de una democracia republicana, representativa y federal*, adecuada a la realidad y exigencias de solución y progreso del Pueblo Argentino".

Felizmente el 30 de octubre de 1983 se realizaron elecciones para elegir las autoridades que gobernarían con el pleno restablecimiento de la

[44] Es interesante lo que respecto de la Constitución de los Estados Unidos dice William Francis Willoughby, *op. cit.*, pág. 118: "Se reconoce ahora, no obstante, que en todos los países existen muchas normas políticas fundamentales que, a pesar de no haber sido establecidas en sus constituciones formales, no por ello deben dejar de ser consideradas como de carácter constitucional. En ningún país es esto más cierto que en los Estados Unidos, pese a que se le atribuye una constitución peculiarmente inflexible. Así, por ejemplificar, nuestra Constitución no hace referencia a instituciones políticas tan importantes como el gabinete presidencial, el *caucus* congresional o los *partidos políticos*. Nadie puede cuestionar, sin embargo, que estas instituciones son tan parte integrante de nuestra maquinaria política como cualquiera de las establecidas formalmente en la Constitución escrita". Con particular referencia la Argentina cabe señalar —concordantemente con lo expuesto— que la frecuencia de las revoluciones, desde 1930 en adelante, ha contribuido a desarrollar, por vía consuetudinaria y jurisprudencial, toda una construcción jurídica acerca de los gobiernos *de facto* y sus poderes "legisferantes".

Constitución Nacional, a partir del 10 de diciembre de ese año. A partir de esa fecha se instauró la vigencia del orden constitucional.

No obstante el nuevo gobierno se constituyó en el continuador jurídico del régimen anterior por cuanto fue electo en elecciones convocadas y reglamentadas por el poder *de facto*. Igualmente se consideraron válidas, y vigentes, todas las normas dictadas por el Gobierno de las Fuerzas Armadas, en cuanto no fueren objeto de derogación expresa. Asimismo se consideraron válidas las sentencias penales condenatorias impuestas por los jueces de aquel tiempo, inclusive en casos de delitos cometidos con clara motivación política.

iii) Sistema federal

Por el sistema *federal* adoptado por nuestra Constitución, las provincias dictan para sí su propia constitución y, aunque no son *soberanas*, se gobiernan con *autonomía* (Const. Nac., arts. 5°, 122 y 123). En nuestro país existe también, por lo tanto, un *derecho público provincial*, que estudia en especial las constituciones e instituciones provinciales y la forma en que desenvuelven su existencia dentro del orden constitucional, frente al poder central [45].

Uno de los temas básicos del derecho público provincial lo constituye la delimitación o distribución del poder entre la Nación y las provincias. En términos generales puede sintetizarse tan delicado tema como sigue:

Las provincias son entidades políticas históricamente *preexistentes* a la Constitución Nacional, aunque, desde el punto de vista formal, su autonomía deriva de dicha Constitución. Esta última realiza la *distribución de poderes* entre la Nación y las provincias, siendo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 121, excepcional el poder nacional (poderes *delegados*) y normal el provincial (poderes *reservados*) ya que "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal", se dan sus propias autoridades, instituciones y leyes.

Es un tribunal nacional (federal) la Corte Suprema de la Nación, el encargado de resolver, en última instancia, los casos concretos de conflicto entre el poder nacional y el provincial, ya que por la vía del *recurso extraordinario* (ley 48, art. 14) puede llevarse al conocimiento de esta Corte cualquier caso fenecido en la jurisdicción provincial y siempre que se invoque una disposición constitucional, una ley federal o una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contraria al de-

[45] Cfr. ALBERDI, Juan Bautista, *Derecho Público Provincial*, 3ª reed., Buenos Aires, 1922.

recho emergente de la disposición constitucional, ley nacional o autoridad ejercida en nombre de la Nación [46].

Existe, por último, en la materia legislativa, una amplia zona de los denominados "poderes concurrentes", ya que tanto la Nación como las provincias pueden dictar leyes tendientes a fomentar la producción, el comercio y la industria, el arte, la cultura y la ciencia, etcétera. En el campo de los poderes concurrentes, debe tenerse presente que el ejercicio de una facultad por el poder central desplaza a la similar facultad provincial.

Interesa destacar que la aplicación judicial de las leyes "nacionales" corresponde a los tribunales "nacionales", con la importante excepción constituida por los códigos llamados "de fondo" (civil, comercial, penal, de minas, del trabajo) con respecto a los cuales el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional hace la salvedad, al enumerarlos, que —pese a que se trata de leyes "nacionales"— su aplicación corresponderá a los tribunales "locales" [47].

iv) La reforma constitucional de 1994

Como consecuencia de un acuerdo entre los dos partidos políticos de mayor representación parlamentaria, denominado "Pacto de Olivos", en 1994 se realizó una importante reforma a la Constitución Nacional.

El motor político de la misma fue establecer la reelección presidencial que beneficiaría inclusive al presidente en ejercicio en ese momento. Pero la importancia de la reforma no se limita a esa modificación.

Las principales innovaciones son:

a) Se incorporó un capítulo de "Nuevos derechos y garantías" que prevé: 1) que la Constitución ha de mantener su imperio aun cuando actos de fuerza "interrumpieren su observancia" (art. 36); 2) da a los partidos políticos el carácter de ser "instituciones fundamentales del sistema democrático" (art. 38); 3) da a los ciudadanos el derecho de presentar proyectos de ley mediante la "iniciativa popular" (art. 39); 4) prevé la sanción de leyes mediante el mecanismo de "consulta popular": el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados puede someter a consideración del "pueblo de la Nación" un proyecto, si es aprobado automáticamente se convierte en ley. Prevé la "consulta popular no vinculante" por la cual la población puede expedirse sobre los temas que le sean consultados (art. 40); 5) garantiza el derecho a un "ambiente sano"; 6) se garantiza la protección del consumidor (art. 42); 6) se prevé la acción de amparo (art. 43).

b) Con pésima técnica legislativa la reforma incluyó, también entre las "facultades del Congreso", disposiciones que constituyen en realidad un amplio capítulo de derechos y garantías. En efecto en el inciso 22 del artículo 75 se establece que el conjunto de declaraciones, convenciones, pactos y tratados sobre derechos humanos, que allí se mencionan "...tienen jerarquía constitucional..." y son complementarios de los derechos y garantías que la Constitución establece.

c) En el artículo 75 se introduce, entre las facultades del Congreso, el mandato de legislar sobre un amplio espectro de derechos sociales, étnicos, culturales y derechos humanos (incs. 17, 19 y 23).

d) Se prevé el derecho del Poder Ejecutivo a dictar decretos de "necesidad y urgencia" en materias propias y exclusivas del Congreso —materias de "carácter legislativo" previéndose un mecanismo de control por parte del Congreso nacional— (art. 99, inc. 3°) y se invalida el "veto parcial" de los proyectos de ley (art. 80).

e) Una grave y antidemocrática modificación del procedimiento en la formación y sanción de las leyes consiste en que las Cámaras pueden "...delegar en sus comisiones la aprobación en particular de un proyecto..." (art. 79). Esto afecta a los partidos con pequeña representación parlamentaria y, por ello no pueden tener integrantes en todas las comisiones de las Cámaras; por esta vía, pueden quedar excluidos de participar en la votación de los artículos del proyecto.

f) Se prohíbe en general la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo nacional, salvo para casos de administración o emergencia pública (art. 76).

g) Se prevén nuevos órganos: 1) la Auditoría General de la Nación (art. 85); 2) El "Defensor del Pueblo" (art. 86); 2) el jefe de Gabinete de ministros el cual "...ejerce la administración general del país..." (art. 100, inc. 1°). La redacción de este inciso es por demás desafortunada: por el principio del régimen federal (arts. 1°, 6° y 121 y concs.) el jefe de Gabinete carece de toda injerencia en la administración de las provincias.

[46] Ver Cap. 26, *Derecho procesal, Recurso extraordinario*.

[47] Esta situación ha sido pretorianamente modificada por la Corte Suprema, que viene distinguiendo las sentencias ordinarias de los tribunales provinciales versantes sobre la aplicación del derecho común, en *no arbitrarias y arbitrarias*. Si la Corte estima que una sentencia es "arbitraria" (falta de sustento racional), se declara competente para conocer, en tercera instancia, por la vía del recurso extraordinario (especificado como *recurso por arbitrariedad*).

Se trata de una *creación jurisprudencial* que constituye una suerte de válvula flexible que permite remediar injusticias notorias. En este sentido, es perceptible su parentesco con la llamada *acción de amparo*, otra creación judicial.

Nótese, asimismo, que tanto el temprano reconocimiento por la Corte Suprema del control judicial de constitucionalidad, como la mencionada admisión del recurso por arbitrariedad y de la acción de amparo constituyen ejemplos paradigmáticos de creación judicial de Derecho.

Debe entenderse que ejerce la administración pública *nacional*; 3) el Consejo de la Magistratura que tiene a su cargo la "selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial" (art. 114); 4) el "Jurado de Enjuiciamiento" para la remoción de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación (art. 115); y 5) el Ministerio Público como "órgano independiente" que tiene por función "...promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad..." (art. 120). En realidad el Ministerio Público tiene por función el promover la actuación del Poder Judicial que es un órgano, el cual por una desinterpretación del sentido del vocablo se lo suele designar indebidamente como si fuera la "justicia", que es un valor tal como se explica en el Capítulo 20 de este libro.

h) Se prevé la aprobación de tratados de integración "...que deleguen competencias y jurisdicciones a organizaciones supraestatales..." (art. 75, inc. 24).

i) Se le atribuye a la ciudad de Buenos Aires "...un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción..." (art. 129). Según la misma norma los representantes de la ciudad debían dictar "...el Estatuto Organizativo de sus instituciones"; una vez que fue convocada esa Convención Estatuyente sus integrantes resolvieron dictar, en su lugar, la Constitución de la Ciudad que está actualmente en vigencia. La diferencia de denominación apuntada no tiene efectos prácticos.

24.3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO

24.3.1. Concepto y definición

El problema de definir el derecho administrativo ha provocado hondas y copiosas divergencias doctrinarias. Todavía en nuestros días son numerosos los criterios con que se pretende lograr una fórmula que traduzca con precisión el concepto de derecho administrativo. Cada autor ha procurado darnos su propia definición, sustentada en criterios diversos, al punto de que ha podido sostenerse que falta todavía el concepto del derecho administrativo [48]. A fin de facilitar la comprensión del punto, creemos necesaria, previamente, una introducción de carácter histórico, que nos muestre el origen del derecho administrativo como rama de la ciencia jurídica.

Antes de la revolución constitucionalista de fines del siglo XVIII y del siglo XIX, a que hemos hecho detallada referencia al ocuparnos del derecho constitucional, comienza ya la teoría a tratar de nuestra materia (la administración) pero con un carácter eminentemente *político*: no había, en efecto, conciencia constitucional que iluminase la faz jurídica de la materia, que estaba circunscripta a un solo postulado: el poder ilimitado y absoluto del monarca o soberano. Sin embargo bajo el imperio de la concepción ideológica que se conoce con el nombre de *despotismo ilustrado* [49], el monarca, sin perjuicio de sostener su poder absoluto, buscó normas y principios rectores que iluminasen su gestión de gobierno. Así nace, en la Europa Central y del Norte, la *ciencia cameral* (de gabinete) como rama de la política a la que incumbe trazar las líneas directrices para una administración buena y adecuada, según el punto de vista del interés del Estado [50]. Con la constitucionalización general, se sustraen al monarca los poderes *legislativo* y *judicial* que son objeto de una precisa regulación normativa. Simultáneamente es también regulado el *poder administrador* en cuanto se le atribuyen funciones específicas y en particular la prestación de los denominados servicios públicos. De este modo, *el tránsito del Estado de policía al Estado de Derecho determinó*

[48] STEIN, *Verwaltungslehre*, 2ª ed., T. I, pág. 67, por ORLANDO, Vittorio Emanuele, *Principii di diritto amministrativo*, 5ª ed., Florencia, 1925, pág. 1. Este último autor ha revisado críticamente las opiniones de los tratadistas de más relieve. Analiza y rechaza las definiciones fundadas en los criterios de: 1) *las leyes administrativas*; 2) del *Poder Ejecutivo*; 3) de los *servicios públicos*. Sostiene, por su parte, que el derecho administrativo es "el sistema de principios jurídicos que regulan la *actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines*", actividad que comprende: 1) la actividad *jurídica*, destinada a garantizar el orden público y la observancia de las leyes, actividad designada con el vocablo clásico de *policía*; 2) la actividad *social*, destinada a promover el bienestar, la riqueza, la cultura de un pueblo, etc. (ORLANDO, Vittorio Emanuele, *op. cit.*, págs. 2-16).

Pese a la autoridad reconocida del maestro italiano, es menester sentar nuestra disidencia con una definición que acude a nociones marginales a la ciencia jurídica o decididamente jurídicas, como la de "fines del Estado", y que da al derecho administrativo una extensión tan amplia que abarca prácticamente todo el derecho público (y buena parte del privado). La razón de ser —que hay— de esta extraordinaria extensión se verá a lo largo del parágrafo.

[49] Se denomina *despotismo* o *absolutismo ilustrado* al régimen político imperante en Europa durante el siglo XVIII, resultante del influjo que ejerció la ilustración en el sistema absolutista dominante. El antiguo absolutismo de origen divino encarnó ejemplarmente en Luis XIV, el Rey Sol (1638-1715) y puede sintetizarse en su famosa frase: *L'État c'est moi*. El absolutismo modificado por la corriente reformadora, progresista y esclarecedora del iluminismo racionalista, encarnó en otro soberano famoso, Federico II de Prusia, denominado "el Grande". También puede sintetizarse este sistema en una frase atribuida a este monarca: "el príncipe es el primer servidor del Estado". Se diferencia ya sin duda alguna el Estado y la persona del monarca y las nuevas ideas —incluso las que asientan el poder absoluto de la monarquía en un pacto social, como en Hobbes— se abren paso en la misma institución real y en la nobleza.

[50] MERKEL, Adolf, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, § 7, págs. 117 y sigs.

el nacimiento de una verdadera ciencia del derecho administrativo. Este origen histórico del poder administrador, a partir del monarca absoluto con la suma del poder, unido a la imposibilidad de señalar estrictamente en forma apriorística una competencia específica a cada uno de los poderes en base al principio de la separación de poderes (imposibilidad debida a que este principio tiene un fundamento en buena medida empírico-histórico), dan al poder administrador, y correlativamente al derecho administrativo, un carácter en cierto modo *residual.* Las competencias *legislativa* y *judicial* son determinadas claramente en la constitución; el *resto* (así, vagamente caracterizado) corresponde en su amplitud indefinida, al poder administrador y al derecho administrativo. Ésta es, en nuestro sentir, la fuente más importante de las grandes dificultades que encuentra la doctrina para llegar a una definición del derecho administrativo [51]. En otro orden de ideas paralelo, el origen histórico del poder administrador explica también el carácter autoritario que exhibe aún hoy el derecho administrativo [52].

[51] *El carácter residual* que ponemos de relieve explica la extraordinaria amplitud que alcanza el derecho administrativo en algunas definiciones; explica también que para su definición se empleen las mismas nociones que sirven para caracterizar al derecho público en general, tales como "interés público", etc.

Veremos, al ocuparnos del derecho civil, que éste se presenta también con un carácter residual dentro del derecho privado, así como dentro del derecho público presenta ese carácter el derecho administrativo. Existe, empero, una diferencia fundamental: mientras en el derecho privado existe una regulación de la conducta de las partes, impuesta por la autoridad pública, en el derecho público se trata, en cambio, de la atribución misma de la autoridad o facultad de normar. Los órganos del Estado son no solamente partes en las relaciones jurídicas, sino también la autoridad pública que la regula.

En principio, el Estado —y por ende sus órganos— lo *pueden todo* en el plano del derecho positivo. Debido a esta característica del poder estatal se ha buscado limitar el poder "absoluto" de un órgano único mediante el poder de otros órganos (teoría de la división de los poderes de Montesquieu: el poder contiene al poder). Pero ocurre que como las competencias del Poder Legislativo, y, sobre todo, el del Poder Judicial, se encuentran taxativamente determinadas, sólo pueden ejercer su poder de contención o limitación dentro de su esfera específica de competencia. De tal modo, en el campo del derecho público, el *imperium* o poder (normativo), se concentra, en todo cuanto no esté especialmente atribuido a los poderes Legislativo y Judicial, en el poder administrativo. De aquí que el carácter residual del derecho administrativo sea, en cierto sentido, inverso al del derecho civil. Este último aparece con una pretensión de regulación universal, a la que las condiciones cambiantes de la vida social arrancen trozos enteros de dicha universalidad, que obtienen una regulación diversa e independiente. Aquél, en cambio, aparece como el intento moderno de limitación de un dato originariamente ilimitado.

[52] El autoritarismo que caracteriza al derecho administrativo "...arranca, en último origen, de la evolución política de los Estados, en los cuales el Poder Ejecutivo es el heredero directo y primogénito del antiguo absolutismo, conservando por ello el residuo del poder ilimitado en cuanto no se halle atribuido al Legislativo o al Judicial, ramas surgidas después del tronco común y único. Incluso en los países nuevos cuyas asambleas constitucionales pudieron formarse la ilusión de que lo creaban todo partiendo de un imaginario y ficticio estado de naturaleza, la realidad y fuerza de la herencia histórica hacían que los ejecutivos nuevos, al parecer edificados desde un nuevo cimiento, se sintieran sucesores de los antiguos reyes, virreyes o gobernadores. Como señal de su primogenitura y reminiscencia imborrable de las confusiones y de la plenitud del poder total, los gobiernos ejercen, a más de su peculiar cometido ejecutivo, funciones legisladoras, ya que dictan reglamentos y decretos de aplicación general; y también funciones semijudiciales, de carácter y alcance inequívocamente jurisdiccional puesto que resuelven, bajo la forma de expedientes, controversias jurídicas" (ALCALÁ ZAMORA, Niceto, "Singularidades de la jurisprudencia administrativa", *J.A.*, 1°-VIII-1943).

Si conectamos el carácter residual —de indefinida amplitud— que hemos asignado a la competencia del poder administrativo, con la contemporánea expansión de los "fines" del Estado y del consiguiente intervencionismo estatal, no ha de extrañar que señalemos la creciente importancia del derecho administrativo. En un Estado que ya no se conforma con mantener la paz interior y asegurar la seguridad exterior, sino que trata de realizar las aspiraciones de progreso espiritual y material de la comunidad (estado providencia) es obvio que el derecho administrativo ha de manifestarse como un *ius novum* de avasalladora pujanza. Lo cual explica también que su teorización aún adolezca, según lo apuntaremos, de muchas insuficiencias.

Entre nosotros, se ha sostenido que el inevitable intervencionismo estatal, impuesto por las necesidades del desarrollo y de la justicia, encuentra sustento en el artículo 67, inciso 16 [53], de la Constitución nacional [54].

Podemos definir sumariamente al derecho administrativo, y a modo de punto de partida, como la *rama de la ciencia jurídica que se refiere a la administración pública* [55]. El concepto exacto del derecho administrativo nos remite, por lo tanto, al de administración pública. A su vez el concepto de administración pública está íntimamente vinculado a la *doctrina de la división o separación de los poderes.*

La doctrina de la separación de poderes se basa en dos postulados: 1°) las *funciones* o modos de actividad del Estado son susceptibles de una clasificación tripartita fundamental; 2°) los *poderes* del Estado también han de ser clasificados en forma tripartita, con arreglo a la función fundamental por ellos cumplida.

[53] De conformidad con la reforma de 1994, art. 75, inc. 18.

[54] V. OYHANARTE, Julio, *Poder Político y Cambio Estructural*, Buenos Aires, 1969; AFTALIÓN, Enrique R., "Abogados y jueces en la evolución del derecho argentino", *L.L.*, 19-VIII-1971. (Art. 75, inc. 18, Const. Nac. refor. 1994).

[55] WALINE, Marcel, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1936, pág. 10; GORDILLO, Agustín, *Derecho Administrativo*, T. 1, párr. IV, Buenos Aires, 1974, pág. 9.

La tripartición de las funciones supone la existencia de las siguientes:

a) La *legislación*, es decir, la función de dar *normas generales* o *leyes* que enlazan o imputan abstractamente a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica [56];

b) *La jurisdicción*, es decir, la función de *aplicar esas leyes* a los casos concretos o, en otros términos, la función de dictar *normas individuales* que rigen los casos concretos;

c) La *administración*: administrar significa, en general, obrar para la gestión o el cuidado de determinados intereses, propios o ajenos. Se distinguirían, así, la administración *privada* y la administración *pública* (la del derecho administrativo), según se trate del cuidado o gestión de intereses privados o públicos [57].

En relación con estas tres funciones fundamentales del Estado —legislativa, administrativa y judicial— se distinguirían [58] los *órganos* legislativos, los ejecutivos y los judiciales. Los órganos investidos de igual función, ordenados sistemáticamente y reducidos a unidad, forman un *poder* que toma su nombre de la función ejercitada. Tenemos así los tres poderes: el *Legislativo*, el *Ejecutivo* y el *Judicial*. El Poder Legislativo crea el Derecho (la ley); la función administrativa y la función judicial se subordinan al mismo, pero de manera diversa: mientras la función ejecutiva persigue y realiza concretamente el interés público, la función judicial tiene por objeto la realización del derecho discutido en caso de controversia [59].

Se admiten, no obstante, *excepciones* a esta rigurosa distribución de las funciones. En algunos casos un acto, que por su naturaleza correspon-

56 Ver Cap. 13, *Las normas jurídicas*.

57 Numerosas definiciones de prestigiosos autores con variantes de detalle centran el concepto del derecho, administrativo en este aspecto de *gestión, cuidado o servicio, de intereses o necesidades públicas*. Así, p. ej.: BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, 1937-39, T. I, pág. 19; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1949, T. I, pág. 77.

Obviamente, las definiciones que se basan en el concepto de *servicio público* deben ser completadas con la noción del mismo (v. *infra*), cosa que permite advertir su referencia a los *intereses o necesidades colectivas* (puesto que la satisfacción de éstas es el objetivo de dichos servicios públicos).

58 Sin perjuicio de la crítica que hacemos más adelante a esta doctrina tradicional que estamos exponiendo, suprimiremos en el curso de esta exposición el modo condicional del verbo, que venimos empleando, con el objeto de no hacer fatigosa la lectura.

59 Cfr. RADBRUCH, G., *Introducción...*, cit., pág. 191. Advertimos nuevamente que no comulgamos con esta concepción en cuanto identifica el Derecho con la ley o norma general.

de a determinada función —y debiera caer, por lo tanto, bajo la competencia del poder al cual dicha función está adscripta—, es atribuido, en cambio, a la esfera de competencia de un poder que ejercita una función diversa. Así, por ejemplo, el Poder Legislativo ejercita un acto que no es legislativo sino administrativo cuando aprueba el presupuesto nacional, mediante la correspondiente ley; ejercita una función judicial cuando impone sanciones disciplinarias o cuando procede al juicio político. El Poder Ejecutivo, por su parte, ejercita una función legislativa cuando dicta normas generales (que no se denominan leyes sino reglamentos [60], pero

60 Los reglamentos son normas de carácter general dictadas por el Poder Ejecutivo tienen su origen en la facultad de reglamentar las leyes que acuerda al Ejecutivo la Constitución, facultad que se hace necesaria a fin de facilitar la aplicación de la ley. Dice al respecto nuestra Constitución:

Art. 99.— *El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones.*

Inc. 2°: *Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias...*

Los autores se encuentran, sin embargo, con que en la realidad de la vida jurídica no todos los reglamentos tienen los caracteres señalados por la Constitución Nacional. Junto a estos reglamentos, denominados de *ejecución*, el Poder Ejecutivo dicta normas generales de naturaleza harto diversa. Así, por ejemplo, Villegas Basavilbaso, después de definir los reglamentos como una "manifestación escrita y unilateral de voluntad del Poder Ejecutivo que crea *status* generales, personales y objetivos", los clasifica en:

1) de *ejecución* (*secundum legem*), reglamentarios de la ley;

2) *delegados* (*praeter legem*), es decir, más allá de la ley; implican el ejercicio de funciones propias constitucionalmente del Poder Legislativo, delegadas por éste en el Ejecutivo;

3) *autónomos (praeter legem* también) pero no vinculados a ley alguna sino emanados de atribuciones propias del Ejecutivo;

4) de *necesidad* (*contra legem*). En caso de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo puede dictar reglamentos ilegales que tienen, sin embargo, vigencia y que pueden ser convalidados con posterioridad por ratificación del Poder Legislativo (VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho Administrativo*, citado por BOSCH, Jorge Tristán, comentario en *L.L.*, 56-1051).

La facultad del Poder Ejecutivo de "...emitir disposiciones de carácter legislativo" en caso de "necesidad y urgencia" fue incorporada por la reforma constitucional de 1994 mediante el art. 99, inc. 3°, el cual establece:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso ajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la

que son, en definitiva, normas dotadas de generalidad, como las leyes); ejercita una función jurisdiccional en toda la importante *jurisdicción administrativa* [61]. El Poder Judicial, en fin, realiza actos administrativos cuando procede el nombramiento de su personal auxiliar, o cuando nombra un administrador judicial, discierne una tutela, etcétera; realiza una función legislativa dictando una norma general cuando, por medio de una *acordada*, proceden los órganos superiores (Corte Suprema de Justicia, Cámaras) a uniformar en algunos asuntos el procedimiento, o incluso el alcance con que han de interpretar la ley de fondo los tribunales inferiores.

Dado que, como lo ponen de relieve estas "excepciones", no existe en términos generales una perfecta superposición entre la *función* y el *poder* y, en lo que nos interesa ahora especialmente, no existe una perfecta superposición entre la *función administrativa* y el poder administrativo, resulta que podemos hablar de administración en dos sentidos, uno *material* y otro *formal*:

a) *administración en sentido material* (o administración en sentido objetivo) coincide con la *función* administrativa y designa todo acto de actividad administrativa: *sea cual fuere el poder* del Estado que lo ejerce;

b) *administración en sentido formal* (o administración en sentido subjetivo) *coincide con el Poder Ejecutivo* o administrador y designa, por lo tanto, todos los actos emanados de este poder, sean o no de función administrativa.

La referida duplicidad de sentido de la voz administración plantea el siguiente problema: si definimos el derecho administrativo por el concepto de administración pública, ¿de cuál de los dos sentidos —material o formal— nos valemos para definir el derecho administrativo? En otros términos: "...el derecho administrativo, ¿es el complejo de normas jurí-

medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Junto a los *reglamentos* y también con el carácter de normas generales emanadas del Poder Ejecutivo hay que citar los *decretos leyes* mediante los cuales el Poder Ejecutivo *de facto* se sustituye al Legislativo en circunstancias revolucionarias.

[61] Ver lo que decimos sobre *jurisdicción administrativa*, capítulo sobre derecho procesal y en este mismo parágrafo *infra*.

dicas que regulan cualquier acto cumplido por el Poder Ejecutivo, aun cuando el acto no sea de función administrativa? o, en cambio ¿el derecho administrativo es el complejo de normas jurídicas que regulan cualquier acto de función administrativa, aunque no sea cumplido por el correspondiente Poder Ejecutivo?" [62]. Este interrogante permanece aún abierto. Los autores parecen inclinarse hacia el criterio formal de división [63] y aun aquellos que en sus definiciones se valen del criterio material (representado por expresiones como "interés colectivo", "servicios públicos", "fines del Estado", etc.), no dejan de incluir en el estudio de la materia algunos tópicos (como, p. ej., los relativos a los reglamentos y a la jurisdicción administrativa) cuya inclusión sólo se justificaría con un criterio formal de división.

Crítica y opinión propia. La doctrina de la división de funciones y poderes así esbozada, en la que se ha apoyado el concepto de administración pública, y con él las definiciones del derecho administrativo, no resiste una crítica severa desde el punto de vista de una rigurosa teoría general.

[62] DONATI, Donato, *Principii Generali*, cit., págs. 1-8. Destacaremos otra vez que este autor equipara Derecho y norma. Puede verse también MARIENHOFF, Miguel F., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1965, § II y DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1970, pág. 61; GORDILLO, Agustín A., *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1974, pág. 9; MARIENHOFF (*op. cit.*, T. I) y LINARES, Juan F., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1970, pág. 58, sustentan un concepto "material" de lo que es función administrativa; DIEZ (*op. cit.*, T. I, pág. VII-14) un concepto formal (orgánico) material.

[63] Una definición de carácter formal es la que nos da, por ejemplo, el representante de la escuela de Viena Adolf Merkel, según el cual el derecho administativo es "la fracción del orden jurídico que ha de ser aplicada por órganos administrativos" (*Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, pág. 106).

El criterio *formal* del *órgano administrativo* evita, es cierto, todas las dificultades de la división *material* de las *funciones*. La constitución positiva separa orgánicamente los poderes y tomando este dato como punto de partida puede adscribirse un objeto bastante preciso al derecho administrativo. Sin embargo, la inquietud científica y filosófica no encuentra mayor satisfacción en esta división formal, no suministra razón de su fundamento y que, extremando las cosas, iría a parar a algunos absurdos como ser:

1) La represión de las contravenciones, pese a su similitud material plena con el derecho penal, sería derecho administrativo por el sencillo hecho de que suele efectuarse por órganos administrativos (el jefe de policía, p. ej.);

2) Si se establecen órganos administrativos para la aplicación de una ley de marcado carácter civil (locaciones rurales, p. ej.), ésta perdería automáticamente su carácter para transformarse en derecho administrativo;

3) Al establecerse —como existe en Inglaterra, Estados Unidos y nuestro país— la competencia judicial para lo contencioso-administrativo y estando, por lo tanto, encomendada a los jueces la aplicación del derecho administrativo, se cae en un callejón sin salida.

Mientras que para definir la *legislación* o la *jurisdicción* se emplea un criterio estrictamente jurídico (creación, respectivamente, de normas generales o individuales), para definir la *administración* se emplean, en cambio, criterios *ajurídicos* (la gestión de los intereses públicos o colectivos, la prestación de servicios públicos, la satisfacción de necesidades colectivas, etc.). Esta duplicidad de *principium divisonis* —uno "jurídico" y otro "extrajurídico"— quita valor a la mencionada división de funciones —en el plano de una rigurosa teoría general—, lo que se hace evidente si, extremando las consecuencias de los criterios adoptados, se pone al descubierto que no se *ha realizado división alguna*. En efecto, desde una perspectiva estrictamente jurídica que es, no puede desenvolverse sino como creación de *normas generales* (reglamentos, decretos leyes) o *normas individuales*. No existen, pues, en el plano "jurídico", diferencias *esenciales* entre las funciones de los otros poderes y las del poder administrador.

Aunque se admita el carácter en cierto sentido excepcional de la creación de normas generales por medio de los reglamentos administrativos, siempre restará la esencial identidad de la función *jurisdiccional* y la función *administrativa*, en cuanto ambas son funciones *individualizadoras* de normas generales.

Por otra parte, si se lleva a plena consecuencia el criterio "extrajurídico", es evidente que el Congreso al dictar las leyes —legislación— o los tribunales al aplicarlas a los casos concretos —jurisdicción— también llenan "necesidades colectivas" y prestan un "servicio público" satisfaciendo así un "interés general". Por este otro lado tampoco es posible establecer, por lo tanto, una diferencia neta entre la administración pública por una parte, y por otra la legislación y la administración de justicia: todas son administración pública en un sentido amplio (*ad-ministrare*, servir a).

En conclusión:

Las "funciones del Estado no son tres; lógicamente son sólo dos: normación general y normación individual. Las tres 'funciones' clásicas no son nada más que las diversas competencias que, dentro del Estado constitucional históricamente han obtenido el monarca (o en general el Ejecutivo), *el Parlamento y los tribunales*". Mientras estos últimos han mantenido su tradicional competencia de "aplicar" las normas generales del derecho civil y penal, el Ejecutivo también procede a la "aplicación" de las leyes restantes, administrativas [64]. Este *deslinde general de las respectivas competencias no puede ser precisado en abstracto, pues se encuentra formulado dogmáticamente por el derecho positivo de cada país. Habrá que estar, consecuentemente, a lo que disponga la constitución y legislación de cada Estado*. Es frecuente observar qué categorías enteras de asuntos que corresponden en un país a la competencia de los tribunales, corresponden en otros a la competencia administrativa y viceversa [65].

[64] "Los órganos del Poder 'Ejecutivo' desempeñan frecuentemente la misma función que los tribunales. La administración pública se basa en el derecho administrativo, así como la jurisdicción de los tribunales se basa en el derecho civil y en el derecho penal" (KELSEN, H., *Teoría General*, cit., pág. 287).

En un sentido concordante con lo expuesto, Hans Kelsen también ha negado la existencia de diferencias *esenciales* entre administración y jurisdicción, aunque destaca algunas hipótesis (especialmente los casos que denomina "de administración directa") en que la actividad de los órganos administrativos no puede ser confundida con la de los tribunales. En abono de lo expuesto, transcribimos a continuación algunos párrafos del jurista vienés:

"*La separación del Poder Judicial y el Ejecutivo sólo es posible en una medida relativamente limitada.* La separación estricta es imposible porque los dos tipos de actividades no implican funciones esencialmente distintas. El procedimiento judicial tiene usualmente la forma de una controversia que la sentencia soluciona, pero este carácter polémico del procedimiento no puede servir a la distinción de jurisdicción y administración porque es de importancia secundaria. Especialmente en el procedimiento judicial de los tribunales penales su carácter polémico es, obviamente, una simple formalidad. Como la ley civil y la penal, la administrativa trata de provocar un determinado comportamiento, enlazando un acto coercitivo a la conducta contraria" [66].

"Sin embargo, sólo los órganos administrativos tienen que ejecutar ciertas acciones que usualmente no son realizadas por los tribunales. La autoridad fiscal, por ejemplo, debe establecer que un individuo tiene una cierta renta y ordenar que pague el correspondiente impuesto. Sólo en caso de que el individuo no cumpla esta orden administrativa se inicia el procedimiento en que la autoridad fiscal ejercita la misma función de un tribunal... *Las órdenes expedidas por los órganos administrativos, o las licencias expedidas o rehusadas por ellos, son actos enteramente distintos de los que constituyen la función judicial específica*" [67].

[65] Señala un autor norteamericano que el uso excesivo que se hace en su país de los tribunales para la solución de las controversias ha llevado a un programa que sostiene la necesidad de llevar el conocimiento de categorías enteras de casos a las autoridades administrativas (Cfr. WILLOUGHBY, W. F., *Principles of Judicial Administration*, citado por KELSEN, H., *Teoría General*, cit., pág. 288).

[66] KELSEN, H., *Teoría General*, cit., págs. 286-288. La bastardilla es nuestra.

[67] KELSEN, H., *Teoría General*, cit., pág. 289. La bastardilla es nuestra. Sigue estas ideas entre nosotros, LINARES, Juan F., *Fundamento...*, cit., págs. 61-62.

Aparte de esta diferencia, Kelsen recoge otra: aquella que denomina *administración directa* frente a la *administración indirecta* (esta última con un carácter en todo equivalente a la función jurisdiccional). En la administración directa o activa el Estado realiza, directamente por medio de sus funcionarios, el fin estatal (o estado socialmente deseable; p. ej., abriendo hospitales, construyendo caminos, velando por la seguridad, etc.); en la administración pasiva o indirecta el Estado provoca el fin estatal mediante la amenaza de una sanción imputada a la conducta contraria y, eventualmente, aplicando dicha sanción por medio de un procedimiento administrativo, similar al proceso judicial [68].

Si, resumiendo nuestra indagación sobre la materia, queremos ahora sintetizar en una definición el concepto del derecho administrativo deberemos tener en cuenta: 1) la insuficiencia de una caracterización puramente *material* de la administración; 2) el carácter *residual* de la competencia administrativa, una vez determinadas constitucionalmente, dogmáticamente, las competencias judicial y parlamentaria [69]. Con estos antecedentes podemos intentar una definición del derecho administrativo diciendo que es la rama *residual* del derecho público que resulta después de la separación —mediante criterios *materiales* o puramente *for-*

68 KELSEN, H., *Teoría Pura*, cit., pág. 116; *Teoría General*, cit., págs. 293-4.

69 Este carácter residual del derecho administrativo es un dato de primera importancia para la comprensión del fenómeno jurídico "administración", del que pretende dar cuenta el derecho administrativo. En efecto, importa destacar que los poderes Legislativo y Judicial sólo por excepción interfieren directamente en la esfera de libertad de los individuos. Salvo el caso del Parlamento inglés, que tiene una competencia teóricamente ilimitada —incluso para dictar normas individuales— los poderes legislativos no dictan este tipo de normas. Por su parte el Poder Judicial —más celoso de su incompetencia que de su competencia— no interviene sino en *casos* determinados sometidos formalmente a su decisión, y que caen dentro de su competencia. El resto de la conducta de los individuos se encuentra, de un lado (súbdito) librado a la espontaneidad individual y del otro (autoridad) a la normación individual administrativa. De aquí que la antítesis libertad-autoridad se plantee con agudeza característica en relación a los órganos ejecutivos (administrativos) ya que *ellos constituyen la "autoridad" con relación a la mayor parte de nuestra conducta cotidiana*. Si viajamos en un vehículo, p. ej., allí está el agente que nos impone su autoridad; *si nos ocurre* cualquier cosa en la vía pública, es el vigilante el llamado a imponer su autoridad de orden; si queremos salir del país tenemos derecho a hacerlo, pero debemos previamente llenar una serie de requisitos administrativos sin cuyo trámite no podemos hacer uso de nuestro derecho, etc. La autoridad administrativa es la que constantemente dicta la norma individual del caso que permite o prohíbe nuestra conducta. Es más raro el caso en que esta conducta es determinada por los tribunales. En un orden de ideas paralelo se ha señalado (Orlando) el carácter *continuo* de la actividad administrativa en oposición al carácter *esporádico* de la actividad legislativa y la jurisdiccional.

males— de las otras ramas del citado Derecho. En términos aún más dogmáticos y precisos, cabe decir que, *es la rama del derecho público que se refiere a las relaciones de los órganos del Estado entre sí, o con los particulares, en todo lo que dichas relaciones están deferidas constitucional o legalmente a la competencia del poder administrador (aspecto positivo) y en todo lo que dichas relaciones no están deferidas, constitucional o legalmente, al Poder Legislativo, o al Poder Judicial (aspecto residual o negativo).*

24.3.2. Derecho administrativo y derecho constitucional

La definición del derecho administrativo nos ubica ya en una precisa relación con el derecho constitucional, pues la constitución, como ley de garantías, señala los límites de la autoridad de los poderes públicos frente a la libertad del súbdito. Nuevamente en el derecho administrativo encontramos en primer plano, pero en un grado mayor de concreción, el problema de las relaciones entre el poder público (el administrador) y los súbditos (los administrados).

El derecho administrativo, como residuo principal del derecho público, constituye la concreción más importante del derecho constitucional.

La relación que existe entre el derecho constitucional y el administrativo es, en efecto, la que va de lo general a lo particular, rematando, en fin, en la concreción de lo individual. De ahí que haya podido decirse, figuradamente, que mientras el derecho constitucional es la estática del Estado, el derecho administrativo constituye su dinámica cuyas *têtes de chapitre* se encuentran en la constitución. Una *ley o un reglamento administrativos,* son, efectivamente, la determinación más precisa de un principio general de carácter constitucional o legal; una *decisión administrativa* es, en fin, la concreción individual de principios constitucionales y de normas legales o reglamentarias. "Todo lo que es de derecho administrativo representa una consecuencia o delegación directa o inmediata de lo que es político o constitucional... ¿Qué diferencia puede haber entre un precepto constitucional que regula la libertad de conciencia y de pensamiento, por ejemplo, y una "ley de imprenta" *(policía de esa libertad)*? ¿O entre los preceptos constitucionales sobre la propiedad y una ley de expropiación forzosa?... No hay más diferencia que la que media entre los principios generales y su aplicación... Muy frecuentemente, el "derecho político" contiene un número mínimo de normas jurídicas; consta, por el contrario, principalmente de "declaraciones de principios" expresadas, no en normas jurídicas completas y autónomas, sino en partes de normas jurídicas; y tal vez, muchas veces, son las disposiciones admi-

nistrativas las que integran y completan el carácter jurídico de aquellas normas parciales" [70].

24.3.3. Fuentes

La doctrina general acerca de las fuentes es también de aplicación en el derecho administrativo. Como especificaciones particularmente notables de la *ley, en cuanto fuente (ius scriptum)* debemos mencionar:

1°. La *Constitución Nacional:* con arreglo al principio de separación de poderes toda la Sección Segunda de su Segunda Parte (arts. 87 a 107) está dedicada al Poder Ejecutivo, y especialmente el artículo 99, que en sus diversos incisos establece sus atribuciones.

2°. Las *leyes administrativas,* que organizan un servicio público y/o su prestación por una determinada repartición (leyes de ferrocarriles, de bancos, de defensa forestal, orgánica del ejército, de inmigración, etc.).

3°. Los *decretos,* emanados del Poder Ejecutivo, que llevan la firma del presidente de la Nación y la del ministro del ramo en el que tiene origen el decreto (llevan la firma de más de un ministro cuando interesan a más de una rama de administración).

4°. Las *resoluciones,* emanadas de los ministros —o aun de autoridades administrativas inferiores— y que deciden los casos que son materia de su competencia.

5°. Las *instrucciones,* emanadas del superior jerárquico, indicando al inferior las normas a las que debe ajustar su gestión.

Algunos autores niegan la importancia de la *costumbre* como fuente del derecho administrativo, pero es indudable que no procede alterar para esta rama del Derecho el planteo general que hemos efectuado al estudiar la costumbre. En la administración la práctica crea las especificaciones más concretas de la actividad administrativa por lo que, en conjunto, su importancia es grande.

En lo que se refiere a la *jurisprudencia,* cabe señalar que en el derecho administrativo, a más de la jurisprudencia de los tribunales cabe hablar de la de los órganos administrativos, que tienden a asentar un criterio a través de la solución de los casos concretos semejantes.

[70] LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Introducción...*, cit., pág. 334. Este autor concluye su pensamiento en esta forma terminante: "En este sentido, no sería inadecuado decir —por referencia no al adjetivo 'político', sino al sustantivo 'derecho'— que el verdadero *derecho* político es el derecho administrativo" (*op. cit.*, págs. 334-35).

24.3.4. Contenido

Caracterizado en términos generales el derecho administrativo, pasaremos una ligera revista a su contenido, siguiendo para ello la opinión general de los tratadistas:

a) *Servicios públicos:* Según Rafael Bielsa constituyen servicios públicos "toda acción o prestación realizado por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas y asegurada esa acción o prestación por el poder público". Ya hemos advertido más arriba que el elemento extrajurídico de algunas definiciones de derecho administrativo era derivado hacia la noción de *servicio público*. Definir luego el servicio público por las necesidades colectivas [71] es caer en el citado factor extrajurídico y dar una definición demasiado amplia, pues comprende tanto a las funciones realizadas por los otros poderes —todos tienden a satisfacer necesidades colectivas— como a ciertas funciones realizadas por particulares, con o sin autorización estatal (p. ej.: suministro de alimentos al público; automóviles de alquiler, etc.). En fin, limitar ese concepto amplio por las exigencias de que el servicio sea prestado por la administración pública es recaer en el concepto formal, después de un rodeo complicado e inútil.

Sintéticamente diremos, por lo tanto, que servicio público designa a la actividad de la *administración pública activa o directa,* esto es, aquella en la que el estado de cosas socialmente deseado es realizado por los órganos del Estado (hospitales, caminos, etc.) en contraposición a la *administración indirecta o pasiva,* en la cual los órganos del Estado se limitan a conminar y aplicar sanciones a los súbditos que no cumplan sus deberes (ordenanzas de tránsito, etc.). Entre los servicios públicos podemos citar los referentes al *orden y seguridad* (policía, ejército); al *bienestar material* (transportes, obras públicas, comunicaciones, etc.); a la *educación* y *cultura,* a la *asistencia*, a la *salubridad,* etcétera. Salvo la actividad jurisdiccional, que también incumbe a la administración, se encuentra aquí, por lo tanto lo que es actividad administrativa (o administración propiamente dicha) y puede recorrerse su contenido enumerando las ramas de la administración o ministerios y las reparticiones más importantes.

[71] Es servicio público "...toda actividad pública o privada, regulada por la ley (ley, decreto, ordenanza) con el objeto de satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas" (BIELSA, R., *Derecho Administrativo,* cit., T. I, pág. 112). Ver crítica similar a la que exponemos en el texto principal, en LINARES, J. F., *Fundamentos...*, cit., pág. 61.

La palabra *servicio público* se refiere a la oposición a los *servicios privados,* que cumplimentan necesidades privadas. Aún es necesario hacer una distinción entre servicios públicos *propios* e *impropios,* es decir, los prestados por la administración (sea directamente, sea por *concesionarios* controlados por ella) y los prestados por los particulares. De otro modo sería necesario incluir en la administración, actividades tradicionalmente privadas (comedores, periódicos de gran difusión, esparcimientos, etc.), es decir todos los que podríamos denominar *servicios del público* [72].

b) *Acto administrativo. Su concepto y caracteres: Como una parte de la teoría general de los actos jurídicos, paralela a la que se refiere a los actos del derecho civil, se encuentra en el derecho administrativo la teoría de los actos administrativos. La administración se manifiesta externamente por actos —expresión de su "voluntad"— que deben estar revestidos de ciertas formalidades y requisitos. Los actos administrativos son esencialmente formales* (a la inversa de lo que es la regla en el derecho civil). No basta que el funcionario (el presidente, pongamos por caso) exprese su voluntad. Es necesario que esa expresión de voluntad reúna las formalidades legales para que constituya un acto administrativo, por ejemplo, un decreto.

c) *Contratos administrativos:* Se admite generalmente que la administración pública puede actuar en su carácter de *poder público (iure imperii)* (p. ej., el mantenimiento del orden por la policía) o en el mismo plano que un particular *(iure gestionis)* como sería el caso de una obligación civil o de un contrato del mismo carácter (p. ej., alquiler de un local para una oficina pública). En el primer caso estamos ante una típica situación de derecho público caracterizada porque la obligación de la contraparte es derivada directamente del acto unilateral de la administración (subordinación); en el segundo, ante una situación de derecho privado: el contrato es una institución de derecho privado, pues la obligación surge en él de la propia declaración de voluntad del obligado.

Surge, sin embargo, el problema de los *contratos administrativos,* pues en algunas oportunidades, aunque la obligación no nace sin el consentimiento de la otra parte (contrato), se ve luego actuar a la administración como verdadero poder público, imponiendo unilateralmente obligaciones, ejecutando lo convenido directamente o rescindiendo el contrato por incumplimiento, sin acudir a los tribunales [73].

Tal el importante tema de los llamados contratos de derecho administrativo, de los cuales los más importantes y conocidos son: el de *concesión* de servicios públicos, el de *obras públicas,* el de *función pública* o empleo público y el de *suministros*. Tomemos por ejemplo el de función pública: para que nazca el vínculo obligatorio entre la administración y el empleado, es imprescindible que éste manifieste su voluntad aceptando expresa o tácitamente su cargo: sin embargo, el *contenido* mismo de su obligación depende en general de lo que la administración decida en forma unilateral.

d) *Organización de la administración*: Se estudia en este punto la estructuración de los diversos órganos que componen la administración pública. El principio fundamental es el de la *jerarquía* administrativa, es decir, que los funcionarios superiores pueden, por *órdenes* o *instrucciones,* obligar o determinar la conducta de los órganos inferiores.

Sin perjuicio del principio general de la jerarquía administrativa, la organización de la administración admite dos modalidades: la *centralización* y la *descentralización*. En ciertas oportunidades se confiere *autarquía* a una repartición pública, es decir, se la descentraliza administrativamente, con el propósito de que pueda llenar mejor sus funciones cuando éstas, por su carácter con modalidades especiales, no se avienen a la centralización (p.ej.: Obras Sanitarias de la Nación, Dirección Autárquica de Obras Municipales, etc.).

[72] En definitiva, la noción de *servicio público propio* descansa en una concreta decisión (legal o administrativa) que le adjudica ese carácter. Únicamente las valoraciones vigentes pueden iluminar el *criterio* que preside dicha inclusión de ciertos servicios en ese concepto. Así, p. ej., es evidente que con el paso de la concepción del Estado abstencionista al intervencionista, numerosos servicios han adquirido la jerarquía de servicios públicos.

[73] Estas facultades extraordinarias que posee la administración han llevado a los autores a ocuparse especialmente de la naturaleza jurídica de los contratos administrativos. Se sostiene que no se trata de un acto de *imperio* ni de un acto de *gestión* sino de un acto de *gestión pública* o mixto de gestión e imperio (BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración,* T. I, 2ª ed., pág. 142). Siguiendo estas ideas se sostiene que es menester distinguir dos fases: la *celebración* del contrato, en la cual la administración actúa como una persona jurídica de derecho privado y la de *ejecución,* en la que actúa como poder público (VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *L.L.*, t. I, sec. doct., pág. 140).

Con respecto a estos contratos administativos, Miguel Ángel Berçaitz sostiene que la relación de subordinación, típica del derecho público puede establecerse en forma unilateral por el Estado —caso que es la regla—, puede también establecerse en forma bilateral mediante el concurso de la voluntad del obligado, caso que constituye los contratos administrativos (*Teoría General de los Contratos Administrativos,* Buenos Aires, 1952, pág. 201). Según señala Marienhoff, un contrato es administrativo por su objeto o por contener prerrogativas para el Estado (*Tratado...,* cit., T. III-A, pág. 53).

e) *Agentes de la administración*: Estatuto del funcionario público: régimen de nombramiento, derechos y deberes, etcétera.

f) *Dominio público:* Composición, uso, disposición, etcétera.

g) *Responsabilidad del Estado:* Como el anterior y aún en forma más marcada, éste es un tema en que el derecho administrativo se conecta con el derecho civil. No hay, en verdad, motivos para establecer diferencias esenciales entre la responsabilidad del Estado y la de las personas jurídicas privadas.

h) *Poder de policía:* Se reconoce por la generalidad de los autores el poder genérico del Estado de velar por la *seguridad, salubridad, bienestar y moralidad,* de reglamentar a ese efecto la conducta privada y de intervenir también coactivamente si es necesario. Este poder genérico e indeterminado, denominado tradicionalmente *poder de policía,* es el campo donde puede observarse, más nítidamente, el carácter residual del derecho administrativo. En ejercicio del poder de policía, el Estado interviene en múltiples aspectos de la actividad privada: se reconoce así la existencia de una policía de *cultos,* de *costumbres, sanitaria, animal y vegetal, del trabajo, de industrias,* etcétera.

i) *Lo contencioso-administrativo:* Es éste uno de los puntos al que se tiende a dar día a día mayor importancia debido, precisamente, al extraordinario poder que caracteriza actualmente a la administración. Por ello lo trataremos en párrafo aparte.

24.3.5. Contencioso-administrativo

La complejidad creciente de las relaciones humanas, juntamente con el retroceso de la concepción del Estado abstencionista, propia de la ideología liberal, han motivado un extraordinario crecimiento de las relaciones jurídicas entre la administración y los administrados, es decir, del derecho administrativo [74]. Si bien estas relaciones se desenvuelven normalmente en el campo del cumplimiento espontáneo de la prestación por parte del obligado, puede ocurrir, y ocurre con frecuencia, que el administrado considere lesionados sus derechos por la actividad administrativa. Se le acuerdan en este caso, en primer término, recursos administrativos ante la propia administración activa, para que el mismo funcionario que tomó la medida lesiva la *revea* (recurso de *revisión*) dictando otra diferente: o para que un funcionario de *superior jerarquía se aboque* al conocimiento del asunto y *revoque* la medida (recurso *jerárquico*) [75].

Pero estos recursos no tienen aún un carácter *contencioso*. Se entiende que, mientras se da trámite al recurso horizontal de revisión o al recurso vertical jerárquico, el acto administrativo no ha *causado* estado [76] y la decisión, por lo tanto, no se encuentra, *firme* en la esfera de la administración activa. Pero puede ocurrir que, sustanciados dichos recursos administrativos, la resolución que recaiga en ellos sea contraria a las pretensiones del recurrente, como también puede ocurrir que el ordenamiento jurídico positivo no prevea los recursos administrativos de revisión y jerárquico.

---

[74] Ante la estabilidad de siglos que caracteriza al derecho civil, el derecho administrativo en cambio, recientemente nacido a la teoría jurídica, revela en el plano de los hechos una pujanza y una vitalidad absorbente y extraordinaria en todo sentido. No sólo es necesario poner de relieve su carácter dinámico y cambiante sino, y sobre todo, su crecimiento extraordinario. Los juristas que, embaucados por el racionalismo, ven el Derecho únicamente en las leyes, no advierten este fenómeno con la misma claridad que el profano. La solidez de un Código Civil y los voluminosos tratados sobre tan asentada materia constituyen un adecuado refugio contra los "hechos" administrativos, que perturba en buena medida al hombre de gabinete. Sin embargo, los hechos no pueden ser ignorados con tanta facilidad y bastaría señalar la cantidad de expedientes que se tramitan y resuelven en la administración para tener una idea del fenómeno, idea que debe completarse teniendo en cuenta la intervención permanente de la autoridad administrativa, fuera de toda tramitación formal.

[75] Con los *recursos administrativos* de revisión y jerárquico, si bien no estamos aún en lo contencioso, encontramos ya sin embargo, en el *procedimiento administrativo,* una marcada similitud con el procedimiento judicial. Para individualizar la norma jurídica se admite la intervención del interesado en el trámite (parte procesal), estando la autoridad de aplicación obligada a conocer a la pretensión de aquél y proveer en algún sentido (admitiendo o desechando) su pedido.

Cabe señalar que el 3-IV-1972 se sancionó la ley 19.549 de Procedimientos Administrativos que rige el procedimiento ante la Administración Pública nacional, centralizada y descentralizada y entes autárquicos, y regula también los recursos administrativos.

[76] Distinguen los autores los actos de *trámite* de los *definitivos*. Estos últimos pueden aún estar pendientes de un *recurso administrativo* y, por lo tanto, no *causan estado.* Causar estado en procedimiento administrativo es equivalente a cosa juzgada en materia judicial, solamente que los actos que causan estado pueden ser revisados (siempre que se haya establecido el recurso contencioso-administrativo) *fuera de la esfuerza de la administración activa,* en la administración jurisdiccional o en el Poder Judicial. Así ha declarado la Corte Suprema, por ejemplo, que: "Gozan de inamovilidad los actos de la administración cumplidos en ejercicio de facultades regladas, y de acuerdo con los requisitos necesarios para su validez en cuanto a la forma y competencia". Y que: "La cosa juzgada administrativa rige a favor y en contra de los administrados y de la propia administración, razón por la cual el órgano que ha dictado una resolución en materia previsional, cuya validez normal no ha sido discutida por el recurrente, carece de facultad para alterarla posteriormente" (*E.D.*, t. II, pág. 9, fallo 526).

Nos encontramos en estos últimos supuestos con un caso de conflicto: la actividad o la decisión administrativa perjudica al administrativo y lesiona —según el criterio y sentir subjetivo de éste— sus *intereses legítimos,* y sus *derechos*. Frente a la pretensión de la administración (autoridad) de imponer determinada conducta al administrado, se levanta la pretensión de éste de que dicha conducta no puede serle impuesta porque, por imperio de la Constitución y de la ley, esa conducta pertenece a su esfera de autodeterminación, forma parte global de su señorío (libertad).

En esta situación de conflicto —y siendo las decisiones de la administración pública *ejecutorias,* a cuyo efecto ella dispone de la fuerza necesaria para hacerlas cumplir— el *recurso contencioso-administrativo* aparece como un *sistema de garantías jurisdiccionales que el Estado acuerda a los particulares en sus relaciones con la administración pública* [77]. Mediante el recurso contencioso-administrativo la *materia contencioso-administrativa* [78] adquiere una forma procesal adecuada para una amplia ventilación del caso, y sobre todo, se sustrae la decisión —es decir la norma individual del caso— de la autoridad que es parte en el conflicto [79].

Esta autoridad que decide —como tercero imparcial— el conflicto entre la administración activa y el administrado, puede estar constituida por órganos desprendidos de la misma administración que, con el carácter de *administración jurisdiccional o pasiva,* constituyen así una especie de tribunal que juzga a la administración pública: es lo que constituye el *sistema de la jurisdicción contencioso-administrativa* [80]. También es posible que esta autoridad esté constituida sencillamente por el Poder Judicial, en cuyo caso se habla del *sistema judicialista.*

En este punto sobrevienen abundantes confusiones en las que se han desorientado, a veces, los autores de la materia. Se suele confundir jurisdicción, recursos y materia contencioso-administrativos y pensando que en nuestro sistema constitucional es imposible el establecimiento de una *"jurisdicción"* contencioso-administrativa, se ha concluido que tampoco era posible implantar un *recurso* sobre la materia. Los autores que superan esas confusiones elementales se dividen en partidarios del sistema judicialista [81]. Desde el punto de vista de las *ventajas* de uno y otro sistema se señala que la jurisdicción administrativa se encuentra en mejores condiciones que la judicial para apreciar y rever el mérito o conveniencia —eficacia, equidad, moralidad— del acto. Por el otro lado se señala que, el principio de división de poderes se opone a la adjudicación de funciones jurisdiccionales a la administración. Desde el punto de vista del derecho positivo, debemos señalar que entre nosotros impera el sistema *judicialista.*

[77] SARRÍA, Félix, *Teoría del Recurso Contencioso-Administrativo,* 3ª ed., Buenos Aires, 1943, pág. 7; FIORINI, Bartolomé, *Qué es el Contencioso,* Buenos Aires, 1965, págs. 65 y sigs.

[78] Por razones de claridad expositiva y por ser en mucho lo más importante hemos circunscripto la materia contencioso-administrativa a los conflictos entre la administración pública y los administrados, pero debe incluirse también en la materia el conflicto entre distintos organismos de la administración pública.

[79] Se trata, en realidad, de una manera figurada de hablar para designar lo que ya hemos explicado: que la norma es dictada, en forma ahora definitiva, por un órgano diverso (jurisdiccional) a aquel que originariamente impusiera la norma individual del caso (administración activa).

[80] Este sistema impera en Francia donde el *Consejo de Estado,* que es el órgano jurisdiccional administrativo, ha realizado en sus decisiones una tarea verdaderamente pretoriana y creadora en la constitución de un rico sistema de protección y garantía a los administrados.

24.4. DERECHO FINANCIERO

24.4.1. Concepto y temas fundamentales

El Estado, del mismo modo que los individuos, necesita, para realizar sus actividades, disponer de *medios* de diversa naturaleza y, entre ellos, de *dinero*. Por otra parte, la realización de su actividad le impone prever y organizar sus gastos y la forma de hacerse de los medios o recursos necesarios *(contabilidad, presupuesto)*. El derecho financiero es, precisamente, el que se refiere a la *percepción, gestión y erogación* de los medios económicos conferidos al Estado y a los entes públicos para el desarrollo de sus actividades. Trata, en suma, del examen de toda la actividad del Estado desde el punto de vista "dinero" [82].

Los temas fundamentales del derecho financiero son los siguientes.

1) *Recursos del Estado*: Aparte de lo que puede producirle su actividad, las donaciones que reciba, o los *empréstitos* (crédito público), los recursos estatales provienen de los que se llaman genéricamente *tributos,* cuyo régimen constituye una parte importante del derecho financiero, llamado *derecho tributario o fiscal*. Los tributos pueden ser: a) impuestos,

[81] A favor del sistema francés se pronuncia Rafael Bielsa, *op. cit.* A favor del sistema *judicialista*, en cambio, se pronuncian BOSCH, Jorge Tristán, *Tribunales Judiciales o Administrativos,* Buenos Aires, 1951; "Lo contencioso administrativo y la Constitución Nacional", *L.L.*, 81-830; BERÇAITZ, M. Á., *op. cit.;* HEREDIA, Horacio, "Contencioso administrativo, recursos de ilegitimidad", *J.A.*, 15-XII-1949, y la mayor parte de la doctrina que, pese a admitir las excelencias del sistema francés tal como fuera desenvuelto por el Consejo de Estado, encuentra que en nuestro país sería contrario a nuestras tradiciones e inconstitucional y entiende, por otra parte, que con el sistema *judicialista* se puede perfectamente establecer un amplio sistema de garantías para los administrados.

[82] Cfr. GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero,* Buenos Aires, 1978.

o sea las sumas de dinero exigidas por el Estado al contribuyente para solventar, indeterminadamente, sus actividades. Su régimen se llama, más específicamente, *derecho impositivo*; b) *tasas,* o sea las sumas de dinero percibidas por el Estado en virtud de la prestación de un servicio determinado, o de un uso público, o de una ventaja diferencial; c) *contribuciones especiales* (especialmente de *mejoras*), impuestas en razón de un beneficio específico aportado a un bien del contribuyente por una obra pública.

2) *El presupuesto de gastos (y cálculo de recursos):* El presupuesto no es otra cosa que una *ley* —comúnmente se la llama "ley de gastos"—, pero, en cuanto tal, presenta las siguientes características especiales:

a) Normalmente es iniciada o proyectada por el Poder Ejecutivo.

b) Es anual (Const. Nac., art. 75, inc. 8°).

La importancia de la Ley de Presupuesto resulta, no sólo de que es la autorización legal para fijar recursos y efectuar gastos, sino también de que sus previsiones trasuntan la política y programa gubernativos (p. ej., asistencial, armamentista, educacional, etc.).

Bases constitucionales del derecho financiero. También en esta materia las bases fundamentales están puestas por la Constitución.

El artículo 4° establece los *recursos* del Tesoro de la Nación (impuestos, servicios que presta, enajenación o locación de bienes, empréstitos y demás operaciones de crédito). El artículo 16 establece, además, que la *igualdad* es la base de los impuestos y cargas públicas.

Entre las *facultades del Congreso,* los incisos 2° y 4° del artículo 75 enumeran las de *imponer contribuciones directas y contraer empréstitos,* y el inciso 8°, las de *fijar el presupuesto de gastos y aprobar o desechar la cuenta de inversión.*

Entre las *facultades del presidente de la Nación,* el artículo 99 establece la de "hacer *recaudar* las rentas de la Nación y *decretar su inversión,* con arreglo a la ley o presupuesto de gastos nacionales".

CAPÍTULO 25

DERECHO PENAL

CAPÍTULO 25

DERECHO PENAL

25.1. DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL, EL DELITO Y LA PENA

25.1.1. Entuerto y sanción como conceptos jurídicos fundamentales, universales y necesarios

Apodícticamente, en toda norma jurídica señalamos que entre ellos figuran el *hecho ilícito* o *entuerto* —o sea la negación de la prestación debida— y la *sanción* —o sea la consecuencia imputada al mismo— (ver Cap. 13). Formalizando estos elementos, quedan expresados en la fórmula de la perinorma: *dado no P, debe ser S;* o en términos de lógica proposicional: t ≡ Ds sí, y sólo si, la transgresión ocurre, entonces debe ser la sanción.

25.1.2. Delitos y penas (criminales) como conceptos jurídicos dogmático-contingentes

Aunque en plano *lógico-formal* el esquema referido permite sin dificultad alguna, deslindar entuerto y sanción, sin que quepa hacer ninguna distinción de especies dentro de estas expresiones, no ocurre lo mismo si nos trasladamos al campo de la experiencia jurídica. El análisis de los entuertos y las sanciones, no ya como temas de la lógica jurídica, no ya como ingredientes conceptuales de la norma, sino como *hechos reales,* témporo-espaciales, que se dan en la historia, conduce a advertir que las valoraciones comunitarias, prácticamente siempre, han establecido distingos axiológicos, a tenor de los cuales ciertos actos ilícitos son estimados como más especialmente peligrosos o lesivos que otros, con relación a las condiciones que hacen posible la convivencia pacífica y la tranquilidad social [1]. En términos generales, estas especies de conductas, acree-

[1] Ver, p. ej., DURKHEIM, Emile, *La División del Trabajo Social,* Madrid, 1928, págs. 79 y 81, donde se sostiene que ya en las sociedades primitivas existían dos grandes

doras —sea por su gravedad, sea por otras razones— [2] a una valoración social específicamente reprobatoria, se llaman *delitos penales*, y se califican como *penas* aquellas sanciones que expresan ese juicio reprobatorio de la comunidad. De aquí que, como punto de partida, quepa definir al *derecho penal* como *la rama del Derecho que se ocupa de los delitos (penales) y las penas (criminales),* términos correlativos que se implican recíprocamente.

Aunque la definición precedente es, indudablemente, correcta, cabe pedirle mayores precisiones por lo que hace a esos dos términos correlativos de delito y de pena, a los que se remite. ¿Es posible arribar a una definición esencial, *ontológica,* universal y necesaria, de lo que delito y pena son? Por cierto que, desde tiempo atrás, los juristas han prodigado sus esfuerzos en la búsqueda de estas definiciones, cuyo hallazgo les suministraría algo así como el concepto puro de derecho penal. Pero es menester reconocer que tanto aquellos que han puesto la tónica de diferenciación por el lado del delito, como los que han enfilado hacia la sanción, no han conseguido llegar a resultados decisivos, pues los ordenamientos jurídico-positivos, en su infinita variedad, suministran continuamente casos de delitos y de sanciones que no se compaginan con las definiciones doctrinarias que de los mismos se han formulado.

---

especies de sanciones: *represivas* (penales) y *restitutivas* (civiles). Pero, según Durkheim, en las sociedades más rudimentarias prácticamente todo el Derecho sería represivo (*op. cit.*, págs. 163-4), prevalencia que habría ido desapareciendo con el tiempo, proceso perceptible hasta en el volumen material —cada vez menor— ocupado por las reglas represivas en las antiguas legislaciones (Pentateuco, Éxodo, Levítico, Deuteronomio, Ley de las XII Tablas, ley sálica, etc.).

Discrepamos de la última de las afirmaciones durkheimianas. No cabe hablar de prelación cronológica ni de preponderancia de ninguna especie entre derecho penal y derecho restitutivo, y mucho menos sobre la base de un criterio tan grueso como el del volumen material ocupado por las respectivas normas. Así, por ejemplo, la represión del adulterio o del robo, por severa y detallista que sea, no se concibe sino en función de instituciones de derecho civil (matrimonio, propiedad) y supone, asimismo, una magistratura y un procedimiento (derechos público y procesal). Lo único que puede afirmarse es que las sanciones que aseguraban la efectividad de los derechos primitivos eran, en general, del tipo que hoy llamaríamos penal.

[2] El criterio de la "gravedad" del entuerto no es decisivo para calificarlo como "penal", como lo demuestra el hecho de que muchas contravenciones o faltas —a las que se aplica una sanción de tipo "penal"— no revistan mayor importancia social. Lo que ocurre es que —como agudamente lo señala Antolisei (ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale,* Milano, 1949, pág. 88)— en estos casos otro tipo de sanciones no son posibles, o no parecen suficientes. Al que pisa el césped en lugar vedado, mal puede condenársele a restituir o compensar.

25.1.3. La fallida teoría del "delito natural"

Como prueba de la imposibilidad de arribar a definiciones ontológicas, universales y necesarias, de lo que es delito, analicemos una de las más difundidas teorías que han pretendido hacerlo: la teoría del delito natural del italiano Rafael Garófalo, representante conspicuo de la escuela positiva del derecho penal. Garófalo pensaba que era posible definir el delito prescindiendo de las leyes penales. En tal sentido sostenía que había ciertos *delitos naturales*, considerando como tales aquellos actos que ofenderían los sentimientos altruistas fundamentales de *piedad* (homicidio, lesiones, estupro, etc.) y *probidad* (robo, estafa, falsedades, etc.), que serían sentimientos instintivos propios del hombre social, de las razas humanas superiores [3]. Pero la historia y la geografía enseñan que son las normas positivas (leyes y costumbres) y no los sentimientos de piedad o probidad los que dan la pauta de lo que es delito, pues las interpretaciones *históricas* de lo que es piadoso u honrado varían dentro de márgenes por demás amplios: baste pensar en los holocaustos, los sacrificios rituales, o la costumbre de dar muerte a los ancianos valetudinarios, admitidos como lícitos en ciertos pueblos primitivos. Si aun en materia de hechos atroces nos encontramos con tal diversidad de apreciación, no es de extrañar que, tratándose de hechos más leves, las variaciones existentes sean infinitas.

No es necesario esforzarse mucho para demostrar la variabilidad histórica de las valoraciones que están en la base de la noción del delito o de su gravedad. Baste recordar casos como el de la hechicería, la blasfemia, la herejía, la sodomía —aun entre mayores y sin escándalo público—, antes drásticamente sancionados y hoy tolerados en homenaje a la libertad de conciencia y al respeto por las acciones privadas [4]. Es de notar, asimismo, que la gravedad de las valoraciones reprobatorias se encuentra, a su vez, en función de ciertas condiciones o circunstancias sociológicas, económicas, políticas, etcétera, eminentemente variables. Así, ha sido frecuente entre los criminalistas aceptar que existiría una ley tendencial según la cual la criminalidad, como fenómeno social, pasaría cada vez más de formas violentas, musculares, a modalidades de astucia y fraude, de tipo intelectual [5]. Como fenómeno reciente, en cierto sentido regresivo, puede señalarse también el hecho de que la generalidad de las naciones

---

[3] GARÓFALO, Rafael, *Criminologia,* Torino, 1885, pág. 30.

[4] Ver VIDAL, Georges - MAGNOL, Joseph, *Cours de Droit Criminel,* 9ª ed., Paris, 1949, pág. 4.

[5] FERRI, Enrique, *Sociología Criminal,* T. I, Madrid, s/f, pág. 214.

contemporáneas se han considerado en la necesidad de reforzar, con nuevas y graves incriminaciones, el elenco de los delitos contra la seguridad del Estado. Ello no es sólo expresión de concepciones políticas totalitarias; también las democracias occidentales han consolidado en estos aspectos su arsenal represivo, invocando para ello la legítima defensa de sus formas de vida [6] con motivo de la generalización de actos de violencia, subversión, terrorismo indiscriminados, expresión de acciones concertadas generalmente con finalidades políticas, de socavamiento y destrucción global de todo un sistema.

25.1.4. El fracaso de las teorías que aspiran a establecer distinciones esenciales, absolutas, entre las sanciones penales y las civiles

Ante la dificultad de lograr una definición esencial del derecho penal sobre la base de una noción ontológica de *delito*, otros autores centran sus esfuerzos en la búsqueda de un concepto universal de *pena* criminal, para luego connotar con ella al derecho penal. En este orden de ideas cabe señalar por su general difusión la teoría que asigna a las sanciones *penales* un carácter *intimidatorio, ejemplarizador, retributivo* (prisión, multa), a diferencia de lo que ocurre con las sanciones *civiles* (entrega judicial de lo convenido, indemnización de daños y perjuicios), que serían de índole *compensatoria, reparatoria, sustitutiva de la prestación debida* [7].

En refuerzo de esta distinción se ha sostenido, asimismo, que las sanciones civiles exhibirán un carácter *racional*, en cuanto se apoyan en una relación de igualdad —identidad o equivalencia— entre el contenido del deber transgredido (entregar una cosa, pintar un cuadro) y el de la sanción (entrega judicial de la cosa, indemnización proporcionada). Por el contrario, las sanciones penales serían *irracionales*, pues la prisión del delincuente nada restituye a la víctima ni admite relación de comparación o proporción con el delito [8].

[6] Es el caso, p. ej., del *International Security Act*, dictado en 1950 por los Estados Unidos para proteger al país contra *certain un-american and subversive activities*. Actualmente, casi todos los Estados se han visto en la necesidad de reforzar el capítulo de los delitos contra la seguridad del Estado.

[7] En numerosos fallos, nuestra Corte Suprema ha recurrido a este criterio especialmente para diferenciar las multas penales de las civiles. Ver *Fallos*, 200:340; 229; 171:366; 192:418.

[8] COSSIO, Carlos, "El principio *nulla poena sine lege*", en *Teoría*..., cit., pág. 296. En contra, PORTO, Jesús E., *Fuentes del Derecho Penal*, La Plata, 1952, pág. 38.

A nuestro juicio lo cierto es que sin perjuicio del valor orientador que presenta la clasificación de las sanciones en compensatorias civiles y ejemplarizadoras penales, no es posible asignarle un alcance absoluto pues falla por su base misma, en cuanto es innegable que toda conminación legislativa de sanciones —incluso, de sanciones civiles— ostenta, en mayor o menor grado, un sentido de prevención general ejemplarizadora. Por otra parte si bien en el momento de la sentencia penal cobra perceptible relieve el ingrediente retributivo, no es menos cierto que las penas criminales no se imponen por los jueces al solo objeto de retribuir o intimidar, pues los derechos penales contemporáneos asignan a la fase de la ejecución penal, cada vez con más precisión, una prevalente misión de *corrección, reeducación, reinserción o resocialización* [9]. Y por lo que hace a la nota de irracionalidad, es de notar que no sería patrimonio exclusivo de las sanciones penales, pues es patente que también el derecho civil conmina algunas sanciones que son incomparables con relación a la prestación incumplida: por ejemplo, la indignidad sucesoria con la que el artículo 3291 del Código Civil fulmina al homicida del causante, o el divorcio como sanción de la inconducta conyugal [10].

Todo ello sin contar con que, incluso en nuestra legislación, la insolvencia civil ha sido otrora sancionada con una medida tan típicamente ejemplarizadora como la privación de la libertad (prisión por deudas, abolida entre nosotros por ley 514, en 1872).

Lo expuesto nos lleva, como natural conclusión, a atribuir un carácter puramente *relativo* a la distinción entre derecho civil y penal, fundada en el carácter sustitutivo-racional o irracional de las respectivas sanciones, pues ambas clasificaciones no se superponen siempre. En tales condiciones *sólo es posible fundar la distinción entre derecho penal y civil en ciertas determinaciones dogmático-contingentes*, de orden histórico-axiológico, variables a tenor de los distintos ordenamientos jurídico-positivos.

[9] Acerca del sentido a la vez *retributivo, ejemplarizador y correctivo* de la sanción penal, ver HALL, Jerome, "Science and reform in criminal law", en *University of Pennsylvania Law Review*, Filadelfia, abril 1952, pág. 796; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, "Les aspects modernes des institutiones pénitentiaires", *Revue Internationale de Droit Penal*, Paris, 1952, nros. 2-3, pág. 261. Más aún: existen incluso casos en que la sanción penal de multa asume, además de su función, diríamos normal, un carácter en cierta medida *reparatorio:* p. ej., en materia aduanera. También inviste un cierto sentido reparatorio la publicación periodística de la sentencia, que en materia de calumnias e injurias pueden disponer los jueces en lo penal.

[10] YMAZ, Esteban, "Acerca de las sanciones administrativas", en *La Esencia de la Cosa Juzgada y Otros Ensayos*, Buenos Aires, 1954.

25.1.5. Caracterización dogmática, contingente, realista, del derecho penal, el delito y la pena

¿Cuáles son, hoy por hoy, esas determinaciones dogmáticas que en general llevan a atribuir carácter *penal* a un entuerto y a su pertinente sanción? Con el carácter de meras referencias, no exhaustivas ni universales o necesarias, cabe señalar las siguientes:

1) La expresa inclusión de dichos entuertos y sanciones, específicamente configurados o "tipificados" [11] en un Código Penal, o en las leyes complementarias del mismo, lo que determina la aplicación *directa* de ciertos "principios generales" contenidos por ese código en materia de imputabilidad, condicionalidad de la sanción, reincidencia, prescripción, etcétera [12].

2) La aplicabilidad de ciertos estándares axiológicos de jerarquía constitucional, a los que se reconoce carácter típicamente penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege, nulla poena sine culpa, nulla poena sine legale judicio,* restricción interpretativa, veda de la analogía [13], etcétera.

3) La aplicabilidad *supletoria* de los *principios generales del Código Penal y del procedimiento penal,* cosa que ocurre en el amplio campo de

[11] Es claro que hay mucho de relativo en esta exigencia de que los ilícitos penales han de ser *específicamente* definidos o tipificados. Ello es especialmente patente en algunas infracciones de borrosos perfiles, como la vagancia, la mendicidad y los delitos políticos, casos en que, al decir de Jerome Hall, se hace necesaria una cierta "distorsión de las palabras" para admitir que satisfacen aquel requisito (HALL, Jerome, *General Principles of Criminal Law,* Indianapolis, 1947, pág. 48).

[12] Como ejemplo de la zona gris que existe entre las nociones de derecho civil y penal, apuntamos alguna vez el siguiente caso: si un alienado comete un delito específicamente previsto por el Código Penal —robo, p. ej.—, interviene el juez del crimen, quien puede internar al imputado, por aplicación del art. 34, inc. 1° del referido cuerpo legal. Si, en cambio, "fuese de temer" que se dañe a sí mismo o a terceros, es el juez civil el que puede de privarlo de su libertad (Cód. Civ., art. 482). Es evidente que entre ambas conductas sólo hay una diferencia de grado y que las medidas dispuestas son prácticamente idénticas (AFTALIÓN, Enrique R., *Peligrosidad y Existencialismo,* Buenos Aires, 1954, pág. 63).

[13] Estas referencias son, quizá, las más contingentes de todas, pues es notorio que se apartaron de ellos los derechos penales nazi y soviético. Entre la abundante literatura sobre el tema ver HALL, J., *General...*, cit., Cap. II ("The principle of legality: *nulla poena sine lege*", trad. en *L.L.,* 54-809); DONNEDIEU DE VABRES, *Politique Criminelle des États Autoritaires,* Paris, 1938; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "L'analogie en droit penal", *Revue de Science Criminelle,* Paris, 1949, nro. 2; GRAVEN, Jean, "La conception fondamental du droit penal des soviets et des démocraties populaires", revista *Les Cahiers du Droit,* Paris, dic. 1953.

las *faltas* o *contravenciones,* aunque no estén incluidas en el Código Penal y que constituyen lo que se suele denominar *derecho penal administrativo* —de policía, económico, financiero, impositivo, etc.—, o, con más rigurosa expresión, *derecho penal especial* [14].

4) La aplicabilidad de formas procesales específicas —proceso penal, sumario, preponderante intervención del Ministerio Público— [15] regidas también por estándares propios *(in dubio pro reo)* y aplicadas generalmente por una magistratura especializada (jueces del crimen).

5) En lo que se refiere a las sanciones, y en comparación con las sanciones civiles, ellas en principio exhiben un mayor énfasis —un *plus*— en los aspectos retributivos y ejemplarizadores, combinado con sentido correccionalista o readaptador que se hace prevalente en la etapa de la ejecución penal [16].

En conclusión cabe pues afirmar:

a) *qué no es posible formular definiciones universales y necesarias, esenciales, ontológicas, del derecho penal, el delito y la pena (criminales), por la razón de que se trata no ya de conceptos jurídicos* fundamentales o puros, *sino de conceptos empíricos;*

b) *que sólo es lícito aspirar a definiciones dogmático-contingentes, histórico-axiológicas, con lo que, después del largo excurso realizado,*

[14] AFTALIÓN, Enrique R., "El derecho penal administrativo como derecho penal especial", *L.L.,* 75-824, incluido en el libro *Derecho Penal Administrativo,* Buenos Aires, 1955; *id., Tratado del Derecho Penal Especial* (en colab.), Buenos Aires, 1969; *id., Derecho Penal Económico,* Buenos Aires, 1959.

[15] Aunque el delito puede atacar los derechos del individuo (integridad física, propiedad, etc.), ello queda preterido por la lesión a los intereses públicos que importa el delito. De ahí que, en principio, la aplicación de las leyes penales no se deja librada ni a la iniciativa ni a la discreción del ofendido: aunque él perdone a su ofensor, *el juicio penal es impulsado de oficio* (excepción: delitos de acción privada y de instancia privada: Cód. Pen., arts. 71 y 76; Cód. Proc. Pen., arts. 14-16). De aquí que el derecho penal sea considerado como una rama del *derecho público,* atento al carácter eminentemente público de los intereses que tutela y de las sanciones —penas, medidas de seguridad— que impone.

[16] El carácter penal de sanciones como la prisión no se presta a mayores controversias. Pero no sucede lo mismo cuando se trata de consecuencias pecuniarias. De ahí que en la práctica suele ocasionar dificultades la determinación del carácter —civil o penal— de ciertas multas. En estos casos —en que intervienen como elementos decisorios las referencias positivas, mencionadas en el texto— se hace especialmente patente el carácter dogmático-contingente, histórico-axiológico, que asume la cuestión.

nos encontramos de nuevo en el punto de partida: es derecho penal, dentro de un ordenamiento jurídico determinado, el que se refiere a los delitos y las penas (criminales), y son delitos y penas —términos correlativos— aquellos entuertos (no P) y aquellas sanciones (S) a los que la comunidad en cuestión —el legislador, la costumbre— asigna tal carácter, reconocible por indicios de la índole de los que hemos enumerado;

c) *que el concepto dogmático-jurídico de "delito" penal —la conducta a la que el ordenamiento vigente imputa una sanción criminal— no debe ser confundido con lo que suele designarse con el mismo nombre por iusnaturalistas, moralistas o sociólogos. Por ejemplo: las valoraciones imperantes en la Argentina consideraban desde tiempo atrás como "delito" —en sentido moral, sociológico— el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Pero tal conducta recién asumió carácter de delito —en sentido estrictamente dogmático-jurídico— cuando, en 1950, la ley 13.944 lo configuró como tal. En otros términos: para el jurista no existen acciones* mala in se, *sino solamente* mala quia prohibita [17];

d) *que en términos dogmático-jurídicos, siendo correlativos los términos delito y pena, ninguno de ellos puede ser definido con prescindencia del otro.*

25.1.6. Inclusión del elemento pena en la definición del delito. Análisis y minimización de la noción de tipicidad

Al afirmar, así, que el delito es igual a *acto punible,* tomamos partido en una pesada polémica doctrinaria acerca de si el elemento *pena, sanción penal, punibilidad,* debe o no integrar la definición dogmática del delito [18]. Se ha sostenido por muchos (p. ej., Ernst von Beling en Alemania, y Sebastián Soler en la Argentina) que es un pleonasmo, una pura tautología, definir el delito como un acto punible, pues la pena sería una consecuencia del delito y de lo que se trata es de precisar las condiciones que ha de reunir un hecho para que proceda la imposición de dicha pena. Consecuentemente, los que tal sostienen reemplazan la referida definición —pretendidamente tautológica— por otras que prescinden —mejor dicho: que creen prescindir— de toda referencia a la punibilidad. La más difundida de estas definiciones es la sustentada por muchos representantes de la corriente técnico-jurídica, para quienes el delito sería *una acción típicamente antijurídica y culpable*.

A nuestro juicio, la precitada definición no sirve para distinguir el entuerto penal del civil. En primer lugar porque las notas de *antijuridicidad y culpabilidad no pueden considerarse definitorias o privativas del ilícito penal,* puesto que también aparecen en el ilícito civil: por ejemplo, en el incumplimiento doloso de una obligación contractual. En segundo término es sólo aparente la eliminación de la nota de *punibilidad* pues, en el plano de la dogmática jurídicopenal, *sólo cabe calificar una acción antijurídica y culpable si le está imputada una sanción penal, así implícitamente mentada* [19]. En cuanto a la nota de *tipicidad, nada relevante agrega* pues, en última instancia, sólo sirve para indicar: a) que las figuras penales deben ser acuñadas en conceptos que describan con precisión las conductas a que aluden [20] —lo que, en rigor reza para todas las ramas

[17] Es frecuente sostener que mientras la sociología o la criminología suministran una noción *material, sustancial, naturalista* del delito, la definición dogmática que proporciona el derecho penal, ha de ser de índole *formal* y abstracta. Ello induce a confusiones. Es claro que toda definición conceptual, por ser un objeto ideal, no puede ser sino "formal". Pero, en el caso de la definición del delito, como lo mentado por el concepto es una conducta humana —cosa real, material, en función de valoraciones témporo-espaciales—, cabe asimismo decir que tiene que ser una definición "material", "realista", incluso en el caso de que se trate de una definición dogmático-jurídica. Sólo que la ciencia del Derecho se interesa por la conducta en su deber ser, y no en su ser, como ocurre con la criminología.

[18] Reiteramos aquí la tesis sustentada por Enrique R. Aftalión en 1944 (v. *Revista del Colegio de Abogados,* Buenos Aires, 1944, t. 22, nro. 1, pág. 92), y en 1945 ("Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", conclusión 4ª y en "Delito, tipicidad y analogía", *L.L.,* ts. 37 y 39, respectivamente, reproducidos en los volúmenes *La Escuela Penal Técnico-Jurídica,* Buenos Aires, 1952, y *Derecho Penal Administrativo,* Buenos Aires, 1955).

[19] En un sentido concordante con nosotros, en cuanto a la inclusión de una referencia a la pena, en la definición del delito, puede verse, además del clásico *Tratado* de VON LISTZ, Franz, a VON HIPPEL, Roberto, *Deutsches Strafrecht,* T. II, Berlin, 1930, pág. 90; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Reflexiones preliminares sobre el concepto del delito", *L.L.,* 31-930, § 11; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, "Nota bibliográfico-crítica al Derecho Penal" de Carlos Fontán Balestra, *Anuario de Derecho Penal,* Madrid, sept-dic. 1954, pág. 580; ANTOLISEI, Francesco, *Manuale de Diritto Penale,* Milano, 1949, págs. 85 y 88.

[20] Lo reconoce, p. ej.: NÚÑEZ "El *tipo* es la figura delictiva, pudiendo ser definido con la descripción legal que da la noción de la acción correspondiente a cada delito" (NÚÑEZ, Ricardo, *Los Elementos Subjetivos del Tipo Penal,* Buenos Aires, 1943, pág. 7).

Al descartar nosotros la definición del delito —oriunda de la orientación técnico-jurídica— como *"acción típicamente antijurídica y culpable",* superamos algunas insolubles dificultades teóricas planteadas por la teoría de la tipicidad. Así según Beling, habría acciones que merecen los calificativos de "antijurídicas" y "culpables" pero que no son "delitos" por ser "atípicas" (ej.: el *furtum usus;* v.gr., el que se pone una prenda ajena para una fiesta). En cambio habría acciones "típicas", pero no delictivas por no ser antijurídicas (ej.: homicidio en legítima defensa). En todo esto subyace un tremendo confusionismo. Bien está que Beling califique al *furtum usus* de acción "antijurídica" y "culpable",

del Derecho, por lo que no sirve para distinguir el entuerto penal del civil—; b) que las figuras penales no deben ser extendidas por analogía a casos no previstos, lo que no es una novedad ni tampoco un principio de lógica jurídica, sino un principio axiológico loable pero notoriamente contingente, ya que, sin ir muy lejos, de él prescinden o han prescindido los ordenamientos jurídicos nazi, soviético y algunos Estados de los Estados Unidos.

Aunque lo expuesto precedentemente es suficiente para descartar la tipicidad como nota esencial privativa o característica del delito penal, el auge de que hasta no hace mucho han gozado complicadas construcciones elaboradas sobre su base hace oportuno recordar algunos de los más llamativos argumentos invocados en su favor. Así, se ha dicho que con la tipicidad se expresa la circunstancia de que, en materia penal, un hecho no puede ser delictivo *en general,* sino que debe reunir los extremos de una figura precisa pues, caso contrario, es impune por caer en la zona o mar de libertad que rodea a los *islotes de ilicitud* configurados por los códigos penales. El derecho penal sería, así, "un sistema discontinuo de ilicitudes", cosa que distinguiría al derecho penal liberal de los derechos penales totalitarios. En apoyo de estas tesis se suele destacar, a modo de ejemplo, la "diferencia" que mediaría entre la figura civil del contrato y la figura penal del delito: aunque un determinado convenio no reúna los requisitos de la compraventa, la sociedad, el préstamo u otro de los contratos especialmente nominados y reglados por los códigos Civil o Comercial, todavía puede ser un contrato válido. En cambio, si no podemos

---

pero siempre que advierta que no se trata de una antijuridicidad y una culpabilidad de derecho penal sino, en todo caso, de derecho civil, cuyas consecuencias (restitución, indemnización) no exceden los marcos de esta última rama del Derecho. Tampoco es posible atribuir ningún sentido jurídicamente relevante a la inocua afirmación —también oriunda de Beling— de que un hecho no punible, por legítima defensa, puede ser "típico" (BELING, Ernst von, *Esquema del Derecho Penal,* Buenos Aires, 1944, pág. 55).

Otra inaceptable conclusión a que arriba la teoría de la tipicidad consiste en afirmar que cuando no es posible aplicar pena por mediar excusas absolutorias —v.gr., el hurto entre parientes (Cód. Pen., art. 185)— ello no sería óbice para calificar la acción como "delito", por ser antijurídica y culpable. Parécenos evidente que, también en este caso, la calificación de antijurídica y culpable no puede tener un sentido penal, sino civil. Y no cabe argüir —según se ha hecho—, para abonar la tesis de que tal acto es un delito con la afirmación de que subsiste la punibilidad de los encubridores o partícipes, pues el hecho de que, policialmente hablando, se trate de un solo suceso, no significa que —en el plano jurídico-penal— haya una sola acción, un solo delito: la conducta de cada uno de los intervinientes es algo intransferible e independiente, cuyo sentido jurídico no es forzosamente igual al de la conducta de sus colaboradores (sobre todo esto, v. AFTALIÓN, Enrique R., "Delito, tipicidad y analogía", cit., Cap. III).

decir qué delito es determinado hecho —hurto, estafa, extorsión, etc.—, ello significa que no es delito.

A nuestro juicio, ni la afirmación de que el derecho penal es un sistema discontinuo de ilicitudes, ni la contraposición entre delito y contrato, resisten un análisis riguroso. Probemos de efectuarlo.

Lo que distingue, en verdad, a los derechos penales liberales de los totalitarios no es la tipicidad —pues incluso los derechos totalitarios tienen que acuñar sus ilícitos en "figuras" o "tipos"— sino la repulsa que los derechos penales liberales hacen de la analogía, al prohibir extender y aplicar una figura penal a un caso análogo a lo que ella prevé. En cuanto a la citada comparación entre contrato y delito —hecha para mostrar las diferencias esenciales que entre derecho penal y derecho civil introduciría la nota de tipicidad—, lo cierto es que a nada relevante puede conducir.

25.2. Evolución histórica del derecho penal y de las doctrinas penales

25.2.1. El derecho penal primitivo y el romano

En los primeros tiempos, las violaciones graves de las normas de conducta consuetudinarias —que presentaban, sin mayor diferenciación, vertientes religiosas, morales y jurídicas— constituían lo que hoy llamaríamos *delito.* La reacción contra semejantes infracciones se concretaba en el impulso instintivo de venganza: la víctima o sus parientes se hacían justicia por mano propia. Dicha reacción natural de los particulares damnificados recibe los nombres de *venganza de la sangre (blutrache,* en el derecho germánico), *venganza privada, guerra o defensa privadas (faido o fehde).* No interesaba demasiado el averiguamiento de la culpabilidad subjetiva: producido el hecho dañoso, se responsabilizaba por el mismo a quienquiera se le atribuyera alguna conexión con éste *(responsabilidad objetiva).* Incluso en el caso en que la conexión no fuera más allá de la pertenencia al mismo grupo o clan del ofensor directo *(responsabilidad colectiva)* [21].

Pronto la venganza privada se vio sustituida por quienes asumieron, por su fuerza o su astucia, el carácter de jefes, ejecutores de la voluntad colectiva e intérpretes de la voluntad de divinidades o fuerzas sobrenaturales a las que se debía acatamiento. De tal modo, ocurrió que, como lo que importaba era aplacar la ira de los dioses, perdió interés la individualización del verdadero autor del delito: bastaba, para aplacar esa ira, con

[21] KELSEN, Hans, *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales,* México, 1943, págs. 53 y 129; ver también, *Sociedad y Naturaleza,* Buenos Aires, 1945.

que se sancionara a alguien que tuviera con ese autor una cierta relación admitida por la comunidad: en principio, la consanguinidad le pertenecía al mismo clan *(responsabilidad objetiva,* que se atenía al hecho, prescindiendo de la subjetividad del autor).

Partiendo de estas formas rudimentarias, los contornos del derecho penal adquieren más precisión cuando el Estado se afirma en su organización y toma a su cargo la defensa de la colectividad, es decir, la tutela de todos realizada por el conjunto y no por cada individuo o por cada clan aisladamente y en la medida de su fuerza y de su odio particular. No podemos estudiar aquí, en detalle, las etapas de dicho proceso. La llamada *Ley del Talión* —expresada en el proverbio bíblico: "ojo por ojo, diente por diente"— representa ya un límite puesto a la venganza privada. Más adelante, la *composición* sustituye la venganza de sangre por la reparación pecuniaria del daño ocasionado por el delito. Paulatinamente, el *interés general* se destaca y adquiere autonomía: el interés de la comunidad es el que establece las normas de conducta y sanciona su transgresión. Por eso la consolidación del poder político, ejerciendo su autoridad como soberano por medio de *órganos* diferenciados, señala el tránsito de la represión individual a la representación *estatal,* del ordenamiento indiferenciado de las costumbres a un ordenamiento jurídico-penal centralizado.

Pero de inmediato veremos cómo los excesos de la venganza privada se convierten, con el tiempo, en la omnipotencia de la venganza pública. A tales fines interesa destacar las líneas generales de la evolución de este proceso en el derecho penal romano, el germánico, y el canónico, hasta llegar al Iluminismo del siglo XVIII.

En las primeras épocas de Roma, la autoridad del *pater familiae* revestía modalidades punitivas dentro del círculo familiar. Esta justicia penal de carácter privado, que puede haber sido una forma histórica y evolucionada de la venganza primitiva, aunque persiste en los denominados *delitos privados (delicta privata),* es sustituida por la potestad represiva del Estado en los casos de *perduellio* (delito de traición a la patria) y de *sacrilegio,* a los cuales se van agregando más tarde otros hechos hasta formar el elenco de los *delitos públicos.*

El poder *(coercitio)* de los magistrados que entienden en estos hechos es absoluto y arbitrario: no se encuentra limitado ni por la precisa configuración del delito ni por la pena preestablecida en la ley, garantías básicas del derecho penal moderno. Sólo en ciertos casos, cuando se trata de infligir penas *capitales* a ciudadanos de Roma, decide el pueblo convocado en comicios *(provocatio ad populum).* Recién en las postrimerías de la República se esbozan límites al arbitrio de los magistrados, al dictarse leyes que tipifican determinadas acciones como delitos *(crimina legitima)* establecen la penalidad correspondiente *(poena legitima)* y crean tribunales y procedimientos especiales para su juzgamiento *(quaestio, quaestiones).* La circunstancia de que cada hecho punido tenga una *quaestio* propia y distinta, contribuye en algún modo a diferenciar las figuras delictivas.

Bajo el Imperio, la potestad penal se transfiere a la persona del emperador, situada por encima de las leyes. La configuración de los delitos y demás garantías legales se atenúa hasta borrarse casi por completo. Los hechos más insignificantes y ridículos pueden ser considerados como delitos contra el emperador y el Estado romano. Aparecen así los *crimina extraordinaria,* donde se ofrece en todo su despiadado rigor la venganza pública.

25.2.2. El derecho penal germánico y el canónico

Los orígenes del derecho penal germánico no son distintos de los del romano. La venganza privada era ejercida por la víctima y sus familiares, es decir, por todos los miembros de la misma *sippe* o estirpe. Dentro de la *sippe,* la potestad punitiva del jefe se desenvuelve como la del *pater familiae* en Roma. Pero el derecho germánico destaca, sobre todo, la nota del individualismo o privatismo. Aunque la pena pública existe en los casos de traición y deserción —que son delitos contra la colectividad—, la mayoría de los hechos delictuosos se consideran atentatorios principalmente contra los individuos. A la víctima y a sus familiares pertenece el derecho de venganza o la composición pecuniaria *(wehrgeld* o *veregildo*). Cuando el culpable no se aviene a pagar el *precio de la sangre,* los damnificados pueden acudir al juez, quien retiene entonces parte de la composición como *dinero de la paz (fredus).* El monto de la composición variaba según la condición social y personal de la víctima y la gravedad del daño causado por el delito. Cuando el Estado termina por hacerla obligatoria, puede verse en ella un antecedente de las penas pecuniarias y asimismo una individualización de las sanciones referidas a la víctima, ya que no al delincuente como se propugna hoy.

El derecho canónico, por su parte, contribuyó grandemente a eliminar la venganza privada con la institución de las *treguas de Dios* y el *derecho de asilo.* Dada la primacía concedida a lo espiritual, no es de extrañar que la Iglesia destacara especialmente la importancia de *intención del autor,* es decir el *elemento subjetivo del delito (responsabilidad subjetiva),* a la inversa de los derechos primitivos que consideraban la mera objetividad del hecho cometido. La similitud del delito con el pecado y de la pena con la penitencia conducen a sostener, por un lado, la necesidad de que el reo expíe sus culpas y, por otro, la posibilidad de enmienda una vez redimido

de sus crímenes. Las penas corporales y las privativas de libertad se expanden merced al influjo del derecho canónico.

La Edad Media asiste a la fusión de estas tres concepciones jurídico-penales —romana, germánica y canónica—, realizada en el antiguo mundo romano mediante la invasión de los pueblos germanos y el triunfo de la Iglesia. La Ordenanza penal de Carlos V o *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), llamada también simplemente *Carolina*, representa ya la concreción legislativa más acabada de dicho proceso. Pero al mismo tiempo llega a su apogeo el *desenfreno de la arbitrariedad represiva*. Es la época del suplicio de la rueda, de los hierros al rojo, del aceite hirviendo, de la hoguera y del descuartizamiento. Los gobiernos absolutos se consolidan por medio de la intimidación y de la expiación, es decir, por el terror. Si bien las leyes penales enumeran ciertos hechos como delictuosos, pueden dictarse leyes con efecto retroactivo que erijan en delito actos inocentes en el momento de su comisión e impongan penas rigurosas para los mismos (leyes *ex post facto, penas extraordinarias*). El procedimiento es secreto; la pena es arbitraria, aplicada desigualmente según la categoría de los culpables y a veces recae no sólo sobre el reo mismo sino también sobre sus familiares próximos.

En este período es evidente que no pueden florecer teorías penales capaces de elevarse por encima de la ley positiva. Los juristas del tiempo exponen el derecho existente, aceptándolo sin críticas. Son y se les llama *prácticos*. Entre ellos cabe mencionar a Gandino, Julio Claro, Farinacio, Carpzovio, Damnhouder, Bothmer o Bohemero, Jousse, Muyart de Vouglans, etcétera.

25.2.3. El Iluminismo

El siglo XVIII, la época denominada del *Iluminismo* o de las luces *(Aufklarung)*, al cuestionar los fundamentos del poder religioso y del poder político deja en libre vuelo a la razón humana y reivindica los casi olvidados *derechos del individuo*. Los iusnaturalistas Grocio, Puffendorf, Locke, Tomasio, Wolff, y los enciclopedistas franceses D'Alembert, Diderot, Voltaire, son generalmente considerados iniciadores de este movimiento, que prosiguen Rousseau y Montesquieu.

Basado en tales ideas, César de Beccaria (1738-1794) publica un folleto titulado *De los Delitos y de las Penas* (Liorna, 1764) donde por primera vez se plantean los problemas capitales del derecho penal en forma autónoma y sistemática. Todos los horrores y aberraciones de la época son combatidos ardientemente en dicho libro. El derecho penal asume en él un carácter inequívocamente *público*, puesto que el delito compromete el orden y los intereses sociales. El Estado, surgido del contrato social, tiene el monopolio de la justicia represiva y la ejerce en nombre de la voluntad general para realizar el mayor bien del mayor número (principio de la utilidad común). La obra de Beccaria vale, más que por su originalidad o su mérito científico, por su significado humano y por los estudios y las reformas que determinó. Hasta su aparición puede decirse que no existía una teoría penal autónoma, verdaderamente orgánica y que pudiera ser la base de un sistema penal completo.

La arbitrariedad desaparece y es reemplazada por la *garantía de la legalidad*, enunciada ya en la Carta Magna de Juan sin Tierra (1215) y luego sustentada por los *bills of rights* norteamericanos, la legislación penal austríaca de José II (1787) y el artículo VIII de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): no hay delito ni pena sin ley previa *(nullum crimen, nulla poena sine praevia lege)*. Ante dichas ley todos los hombres son iguales.

Varios gobernantes europeos se inspiran en estos principios y modifican total o parcialmente la arbitraria y cruenta legislación criminal: María Teresa y el ya nombrado José II, en Austria; Federico el Grande, de Prusia; Catalina II, en Rusia; Pedro Leopoldo, en Toscana. Poco después los códigos penales surgidos de la Revolución Francesa (1791 y 1795) y el Código Penal napoleónico de 1810, sirven de pórtico a las modernas legislaciones.

25.2.4. Las escuelas penales. La escuela clásica

En el campo teórico, tres autores de considerable relieve desenvuelven el esquema de Beccaria con rigor científico: Feuerbach (1775-1833) en Alemania; Romagnosi (1761-1835) en Italia y Bentham (1748-1832) en Inglaterra. Sus continuadores, influidos por las enseñanzas filosóficas de Kant y de Hegel, construyen un derecho penal sobre bases rigurosamente morales: responsabilidad moral, expiación o retribución, etcétera. A esta tendencia se la denomina *escuela clásica* del derecho penal. Es difundida por juristas como Francesco Carrara —el "sumo maestro de Pisa" autor de un célebre tratado: el *Programa de Derecho Criminal*—, Carmignani, Pessina, Lucchini, en Italia; Lucas, Pellegrino Rossi, Ortolan, Hélie, Chauveau, en Francia; Mittermaier, Merkel, Binding, en Alemania. Entre nosotros fueron partidarios de ella Carlos Tejedor y Manuel Obarrio.

Los postulados fundamentales de la escuela clásica, según los autores, con variaciones no siempre de mero detalle, pueden resumirse así:

1) El derecho penal es de carácter esencialmente *público*, la función represiva pertenece al Estado; pero sin desconocer las libertades indivi-

duales que son aseguradas mediante *garantías de fondo* (principio de la legalidad ya mencionado; descripción minuciosa de las figuras delictivas, prohibición de que la ley penal sea extendida analógicamente) y *de procedimiento* ("nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"; *in dubio pro reo, non bis in idem,* de la santidad de la cosa juzgada, etc.).

2) Por encima de las leyes positivas y de las comprobaciones experimentales, el derecho penal es apoyado sobre ciertos fundamentos filosóficos aceptados dogmáticamente: *el libre albedrío y la imputabilidad moral.* Sólo es *responsable* penalmente quien ha cometido un hecho delictuoso con plena libertad de querer, es decir concretamente, con conciencia y voluntad de cometerlo. Los *alienados* y los *menores,* aunque incurran en delitos gravísimos, quedan fuera del derecho penal, puesto que careciendo de capacidad de querer, son *inimputables* e *irresponsables.*

3) El *delito* es concebido desde un punto de vista abstracto y formal, como un *ente jurídico* según decía Carrara. Más que el hecho cometido en sí mismo, lo que interesa al jurista es la pura *relación de contradicción,* entre ese hecho y el precepto legal: "el delito es una infracción a la ley del Estado". Lo formal, así entendido, adquiere una primacía excluyente. El delincuente, el autor del delito, el sujeto, no interesan a la justicia penal clásica. Fuera de la responsabilidad moral, considera inútil toda otra indagación subjetiva.

4) La *pena* es también una entidad abstracta, matemáticamente proporcionada al delito cometido; su función es restaurar el orden jurídico alterado mediante la exacta *retribución* de mal por mal (principio de la retribución: pena-castigo).

25.2.5. La escuela positiva

El siglo XIX ofrece nuevas orientaciones doctrinarias. El auge de los métodos inductivos, de observación y de experiencia; la influencia del evolucionismo (Darwin, Spencer), del positivismo comteano, del materialismo (Büchner, Haeckel, Moleschott), condujeron a examinar más de cerca la experiencia jurídica. Por otra parte los códigos penales dictados como aplicación de los postulados clásicos eran impotentes para contener el avance de la criminalidad. Las teorías que seducían a primera lectura, en la práctica decepcionaban. La intimidación de los delincuentes no se producía. El índice de la reincidencia aumentaba sin cesar. Las penas cortas de prisión servían de escuela para avezados.

En estas circunstancias, un famoso médico italiano, César Lombroso (1836-1909) deja de lado el primoroso edificio levantado por los juristas y comienza a construir otro en terreno extrajurídico. La obra capital de Lombroso se titula *El Hombre Delincuente* (1874-1876). En ella la criminalidad es estudiada como un *fenómeno natural,* o sea sujeto al *determinismo* de las *causas que lo producen.* La indagación de tales causas es emprendida por Lombroso con criterio predominantemente *antropológico:* sus investigaciones giran en torno del *hombre delincuente,* de sus *caracteres* somáticos y craneológicos, anatómicos, fisiológicos, de su constitución orgánica; en suma, del hombre criminal considerado desde el punto de vista de su *biología* y su *psicología.* La delincuencia explicaríase por la *degeneración* morfológica, fisiológica y psíquica del delincuente que reproduce, en el estado actual de evolución de la especie humana, al salvaje, al hombre primitivo *(atavismo).* En la *epilepsia* creyó hallar Lombroso la verdadera causa determinante del regreso atávico, de la detención del proceso evolutivo que origina la criminalidad. Propugna entonces la concepción del *delincuente nato o congénito (species generis humanis),* más aparente a través de la ficción literaria que en la realidad.

Con Lombroso se inicia la *faz antropológica* de la llamada *escuela positiva* del derecho penal. Fue tal el impulso inicial de la nueva escuela que los problemas específicamente *jurídicos* que plantea el delito quedaron relegados a un segundo plano. Era, *mutatis mutandi,* un error polarmente opuesto al de la escuela clásica, que se desentendía del hombre delincuente. En este orden de cosas, no tardaría en proclamarse "la naturaleza morbosa del delito" —según lo hizo un libro de Gaspar Virgilio (1878)— de manera que poco o nada restaba por hacer a los juristas en el tratamiento del delito-enfermedad.

Sean cuales fueren los errores o exageraciones lombrosianos, es preciso reconocer que destacó, por contraste, la gran importancia del factor biológico humano. Los estudios sobre las glándulas de secreción interna *(endocrinología)* y los realizados por Kretschmer, Di Tullio y otros acerca de los distintos tipos de temperamento *(biología de la constitución temperamental),* trajeron renovados desenvolvimientos a lo fundamental de la tesis de Lombroso: la frecuente —aunque no constante— correlación entre la conducta criminal y la existencia de ciertas anomalías morfológicas.

Con Enrico Ferri (1856-1929) la escuela positiva asume perspectivas más amplias que en Lombroso. Por una parte, reduce a más ajustados límites la importancia del *factor antropológico* y ensancha el campo de las *causas* o *factores* de la delincuencia *(etiología criminal)* con la consideración de otros dos factores no menos importantes que aquél: el *factor fí-*

sico (condiciones de temperatura, meteorológicas, del suelo, etc.) y el *factor social* (condiciones políticas, económicas, religiosas, culturales). Por la otra arremete contra el libre arbitrio, fundamento de la imputabilidad penal en la *escuela clásica* y sienta la teoría de la *responsabilidad social,* según la cual todo hombre —aun el alienado y semialienado— responde ante la ley penal por el solo hecho de vivir en sociedad. El delincuente es el verdadero eje en torno del cual gira la justicia penal. Es clasificado por Ferri en cinco categorías: *nato, loco, habitual, ocasional y pasional.* A cada una se adaptan las *sanciones* más propias, que no son ya penas retributivas y expiatorias, sino medidas arbitradas para realizar eficazmente la *defensa social.*

El sistema ferriano configura una ciencia vastísima que estudia la *criminalidad* como fenómeno *natural y social* y organiza la *defensa de la sociedad* contra aquélla: le da a esta disciplina el nombre de *sociología criminal,* que es también el de su obra más significativa. Semejante concepción constituye la *faz sociológica de la escuela positiva,* que concibe a la *sociología criminal* como "la ciencia de la criminalidad y de la defensa social contra la misma, o sea el estudio científico del delito como hecho individual (condiciones fisicopsíquicas del delincuente) y como hecho social (condiciones del ambiente físico y social), para sintetizar la defensa social preventiva y represiva" [22]. El derecho penal aparece como simple capítulo o aplicación pragmática de una omnicomprensiva *sociología criminal.*

La última faz de esta escuela se denomina *jurídica* porque tiende a restablecer el equilibrio entre el derecho, la antropología y la sociología criminales, roto sucesivamente en las fases anteriores a favor de una u otra de las últimas. Rafael Garófalo (1851-1934) es el iniciador de esta nueva orientación. Torna a reparar en el delito, elaborando la llamada teoría del *delito natural* —el que atenta contra los sentimientos fundamentales de piedad o probidad—, con lo que deriva inesperadamente a una posición iusnaturalista. Por otra parte, sienta, como criterio básico para determinar la aplicación de las sanciones penales, el de la *temibilidad* o *peligrosidad* del delincuente. Eugenio Florián y Felipe Grispigni prosiguieron esta orientación. El propio Ferri admitió en parte estas directivas en sus *Principios de Derecho Criminal* (1928).

Contraponiendo los principios fundamentales de esta escuela a los de la *escuela clásica,* haríamos el resumen siguiente:

22 FERRI, Enrico, *Principii di Diritto Criminale,* Torino, 1928, pág. 100.

1) El derecho penal tiene como fundamento la *defensa social* y por finalidad tender a realizarla. Se abandona el filosofismo *clásico* que conducía a una abstracta tutela jurídica, al libre albedrío y a la responsabilidad moral.

2) Probado experimentalmente que la libertad de querer no existe en la mayoría de los delincuentes —sobre todo en los anormales—, el principio de la defensa social exige que sean *responsables* ante la ley penal aun los privados de dicha libertad: alienados, semialienados, menores. Lo contrario importaría dejar inerme a la sociedad frente a las acciones delictuosas de quienes eran considerados irresponsables por los clásicos. De ahí que la responsabilidad *moral* sea sustituida por la responsabilidad *legal o social: todos los autores de delito* —imputables o no imputables— *responden ante la ley* por razón de vivir en sociedad.

3) El *delito* es una realidad fenoménica —y no un ente abstracto— que obedece a causas biológicas, físicas y sociales y revela, como *síntoma,* la *peligrosidad* de su agente productor el *delincuente.*

El *delincuente* pasa a ser el eje del derecho penal mientras que el delito desempeña un papel meramente condicionante y sintomático: es la llave de paso que permite entrar a estudiar la *personalidad* del agente que lo cometió, su *peligrosidad* [23].

4) Derrumbada la base teórica de las *penas* puramente retributivas y expiatorias y comprobado el fracaso de las mismas, es preciso arbitrar medios eficaces de defensa contra la criminalidad, a los que la escuela da el calificativo genérico de *sanciones.* Éstas tienden a *prevenir* antes que a *reprimir* la comisión del delito. Se las aplica teniendo en cuenta la *personalidad del agente* y no en virtud de arbitrarias proporciones matemáticas, en consecuencia, deben adaptarse a cada una de las distintas *categorías*

23 Para un análisis de la noción de peligrosidad, ver AFTALIÓN, Enrique R., *Peligrosidad y Existencialismo,* Buenos Aires, 1954, en que se sostiene, en síntesis, lo siguiente:

1) es un error creer que delito y peligrosidad son dos entes distintos y separables; este error conduce al seudoproblema, de preguntarse cuál de los dos es el fundamento de la responsabilidad;

2) este fundamento no puede ser otro que la comisión de ciertos actos valorados no sólo en cuanto conducta realizada (delito) sino también en su futuro existencial (peligrosidad);

3) todos los proyectos de realizar legislativamente una pretendida "peligrosidad predelictual" han terminado por imputar sanciones, no ya a "estados" peligrosos de las personas (diagnosticables psicobiológicamente), sino a "acciones" concluidas por ellas (vagancia, mendicidad, rufianería, etc.), susceptibles de verificación jurídica. Ello es clara prueba de la inseparabilidad de las dos nociones.

de delincuentes, determinarse según la mayor o menor *peligrosidad* de cada uno y perseguir la *eliminación* de los incorregibles o la *readaptación de los que no lo son.*

Como conclusión general acerca de la escuela positiva cabe señalar que "registra un mérito eminente: haber encarado decididamente al derecho penal como ciencia de experiencia. Pero los positivistas no deben olvidar que la experiencia jurídica, por ser una experiencia estimativa o valiosa, escapa sutilmente por entre las mallas de los métodos estrictamente causal-explicativos o 'galileanos' " [24]. El derecho penal, en tanto que es Derecho, no puede tener otro método que el jurídico [25].

Los principios del *positivismo* penal se difundieron rápidamente a partir de las enseñanzas de Lombroso, provocando una enconada lucha de escuelas. Entre nosotros, sin embargo, fue tal el impulso positivista que paralizó toda resistencia, destacándose especialmente Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola, Francisco Ramos Mejía, Luis María Drago, José Ingenieros y Eusebio Gómez, quienes ocupan los puestos de la primera hora.

25.2.6. Orientaciones contemporáneas

Pronto se iba a intentar la conciliación o la superación de las intransigencias doctrinarias. Surgen así las llamadas *escuelas intermedias* que, en general, rechazan el libre arbitrio pero admiten la distinción entre delincuentes responsables e irresponsables: contra los primeros —capaces de sentir la amenaza o intimidación penal— la sociedad se defiende o asegura mediante las *penas;* contra los últimos valiéndose de las *medidas de seguridad.* La principal escuela intermedia es la *escuela de la política criminal,* que se difundió a través de la célebre *Unión Internacional de Derecho Penal,* creada en 1889 por Von Listz, Prins y Von Hamel.

Por otra parte, invocando el *tecnicismo jurídico* se ha operado en varios países —Italia, Alemania, España, Argentina— una renovación de los principios clásicos, a la cual no cabe denominar propiamente escuela *neoclásica* —puesto que se desentiende del postulado filosófico del libre arbitrio— sino, en todo caso, *escuela u orientación técnico jurídica.* Proclama la absoluta autonomía científica del derecho penal con relación a la antropología o la sociología y la necesidad metódica de estudiarlo según la manera propia de las ciencias jurídicas. Beling, en Alemania, Arturo Rocco y Manzini en Italia, Jiménez de Asúa en España, Sebastián Soler en la Argentina, encabezaron este movimiento. El derecho penal es, para ellos, el estudio sistemático de las *normas* positivas vigentes *(dogmática jurídico-penal),* lo cual significa colocar fuera de su ámbito las investigaciones antropológicas y sociales, si bien no dejan de tenerse en cuenta los datos que ellas proporcionan como *ciencias auxiliares.*

[24] AFTALIÓN, Enrique R., *La Escuela Penal Técnico-Jurídica,* Buenos Aires, 1952, pág. 52.
[25] AFTALIÓN, E. R., *La Escuela...,* cit.

Como conclusión general acerca de la orientación técnico-jurídica corresponde señalar a su favor el acierto notable de "haber escindido radicalmente al derecho penal de otras disciplinas, causal-explicativas, destacando que aquél es una ciencia normativa regida por la lógica del deber ser y no por la del ser. Pero los técnico-jurídicos deben cuidarse del grave error de creer que el *objeto* del derecho penal está constituido solamente por las *normas* prescindiendo de la *realidad* de conducta aludida por dichas normas" [26]. Este error ha conducido a muchos de ellos a otro: a sostener que el *método* de la ciencia penal ha de ser *lógico abstracto,* olvidando así que tal método no permite adecuar la interpretación de las normas penales a las modalidades concretas de la conducta criminal.

25.3. BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL ARGENTINO

En la materia penal —como, por lo demás, en todas las ramas del Derecho— la Constitución ha sentado algunos principios fundamentales que orientan, encauzan y limitan la acción del legislador y del juez. En tal sentido debe ser destacada, en un primer plano, la recepción por parte de los constituyentes de 1853 del clásico principio —tan acorde con el ideario liberal y humanista que los inspiraba— *nullum crimen, nulla poena sine lege,* principio que remonta nada menos que hasta la Carta Magna (1215) y a las Declaraciones de Derechos de las revoluciones francesa y norteamericana.

Otros importantes principios penales y procesal-penales consagrados por la Constitución son: la supresión de la pena de muerte por causas políticas, de los tormentos y azotes (art. 18), de la confiscación de bienes (art. 17) y de la esclavitud (art. 15); la afirmación de la inviolabilidad del domicilio, correspondencia, papeles privados, de la defensa en juicio (art. 18) y la prohibición al presidente de ejercer funciones judiciales (art. 109).

Finalmente, por su importancia en orden al fundamento de las penas y al sentido que debe presidir la ejecución de las mismas, merece especial recordación el párrafo del artículo 18 según el cual *Las cárceles de la Na-*

[26] Puede verse ÁNGEL, Marc, *La Nueva Defensa Social,* Buenos Aires, 1962.

ción serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas.

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994 se le asignó "...jerarquía constitucional..." a las principales Declaraciones, Pactos y Convenciones internacionales de Derechos Humanos por lo cual todas ellas, y en especial la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes deben considerarse bases del Derecho penal con nivel constitucional.

25.4. FUENTES DEL DERECHO PENAL

El problema de las fuentes no presenta en el campo del derecho penal, ni podría presentar, modalidades *esencialmente* diferentes de las que ofrece en cualquier rama del Derecho. De aquí que no sea posible excluir, *a priori,* el juego de ninguna de las tradicionales fuentes del Derecho: ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina. Pero es de advertir que *la ley* asume en materia penal —al menos en los ordenamientos penales humanitarios, democráticos— una importancia mayor que en cualquier otra rama jurídica en razón de la poderosa vigencia que, en el ámbito de los delitos y las penas, cobra la exigencia expresada en los ya referidos estándares axiológico-constitucionales de legalidad ("ley" previa), de restricción interpretativa, de veda de la analogía. A tal punto es así que se suele proclamar como lema propio de los ordenamientos penales liberales el de que, en su campo, la ley sería la "única fuente".

El asunto no es tan sencillo y terminante. Si con el referido lema sólo se quiere aludir a la citada prevalencia de la ley y a los mencionados *estándares axiológicos* constitucionales, enhorabuena. Pero encarado el asunto con un criterio inexorablemente realista, fuerza es señalar que ese monopolio de la ley no es absoluto. Por lo pronto, es un dato ilevantable que no sólo los derechos penales nazi y soviético abrieron una compuerta al juego de la costumbre y la analogía, sino que ello también ocurre en el *common law* y en algunos códigos de los Estados Unidos, sin mengua de su orientación liberal. Además, incluso en la Argentina no es posible excluir *a priori,* como un imposible jurídico, eventuales derogaciones consuetudinarias de principios constitucionales, ya que la Constitución, como fuente, no es más que una "ley" —suprema, pero ley al fin— que, como tal, puede ser jaqueada por otra fuente [27]. Ni siquiera puede afirmarse que el juego de la analogía esté totalmente excluido, pues es lo cierto que algunas figuras penales —vagancia, mendicidad, delitos políticos— suelen estar redactadas en términos tan amplios que sólo por una "distorsión de las palabras" cabe sostener que en estos casos se ha satisfecho la exigencia de una definición o tipificación específica [28].

[27] Como antecedente patrio que mueve a la reflexión anotemos el siguiente: en la provincia de Buenos Aires se dictó en 1828 una ley represiva de los delitos de prensa (ley cuya vigencia fue ratificada con posterioridad a Caseros). Ello no obstante, la Suprema Corte de la Provincia declaró, en reiterados fallos, que tal ley no era aplicable por haber caído en desuso, aceptando así la eficacia de la *desuetudo* (MOLINARIO, Alfredo J., *Derecho Penal,* La Plata, 1943, pág. 203).

Otro caso: la felizmente extinguida explotación de los "mensús" en los quebrachales, bajo el inicuo régimen del *truck system* (pago en vales) configuraba, evidentemente, un régimen o condición análoga a la esclavitud, que debió acarrear la aplicación del art. 140 del Cód. Pen. (que reprime a los que someten a otros a "servidumbre o a otra condición análoga"). ¿Negaremos en este caso la vigencia de una costumbre derogatoria de la ley penal? Análoga cosa ocurre con el duelo, teóricamente incriminado por el Código Penal, pero desincriminado por una costumbre inveterada.

[28] AFTALIÓN, E. R., "Delito, tipicidad y analogía", en *La Escuela...,* cit., pág. 121; también HALL, J., *General...,* cit., pág. 47; PORTO, Jesús E., *Fuentes del Derecho Penal,* La Plata, 1952, págs. 95 y sigs.

CAPÍTULO 26

DERECHO PROCESAL

CAPÍTULO 26

DERECHO PROCESAL

26.1. GENERALIDADES

26.1.1. Concepto

Se acostumbra definir el derecho procesal como el que se refiere a la *organización de la justicia y la sustanciación de los juicios*. En un sentido semejante se sostiene que el derecho procesal *es el que regula la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y de las partes en la sustanciación del proceso* [1].

[1] ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* T. I, 2ª ed., Buenos Aires, 1956, pág. 35. Según el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, el derecho procesal *civil es la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, el desenvolvimiento y la eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado proceso civil* (COUTURE, Eduardo J., "Concepto, sistemas y tendencias del derecho procesal civil", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,* año V, nro. 2, abril-junio de 1954, Montevideo, pág. 233). El proceso es, según el mismo autor, una forma de dirimir conflictos de intereses con relevancia jurídica, forma que se opone a la *autotutela* (defensa propia) y a la *autocomposición* o solución del conflicto por las mismas partes (renuncia, transacción, etc.). En el *proceso* las partes dirimen su conflicto ante la autoridad y quedan sometidas a su decisión (*op. y loc. cit.,* pág. 239). No obstante que esta definición de proceso parecería restringida a los casos de controversia judicial, admite Couture, en forma concordante a lo que expresamos en el texto sobre la base de fundamentos kelsenianos, que "la idea de proceso en sentido jurídico aparece virtualmente en todos los campos del Derecho". Existe un proceso legislativo, otro administrativo y otro judicial; existe un proceso criminal, laboral, rural, de menores, comercial, civil, etc. Existe un proceso municipal, provincial, nacional, internacional (*op. cit.,* pág. 2).

Ambas definiciones aluden, inequívocamente, a la materia que históricamente constituye el objeto del derecho procesal y sirven de este modo para una correcta orientación. Sin embargo, no son plenamente satisfactorias porque no exhiben explícitamente el criterio que las ha presidido en su formulación y porque, según se verá más adelante, pecan por defecto. Se refieren a la parte principal, pero no a toda la materia que debe comprenderse bajo dicha disciplina. Baste señalar aquí —en este sentido— que existe un *procedimiento administrativo,* ante órganos administrativos, que escapa como tal al ámbito de dichas definiciones.

Entendido como parte de la ciencia jurídica, el derecho procesal puede ser definido como aquella rama de dicha ciencia que se refiere al *proceso. Proceso* es, en sentido amplio, la *actividad desplegada por los órganos del Estado en la creación y aplicación de normas jurídicas generales o individuales.* En un sentido más restringido la palabra *proceso* comprende solamente una parte de dicha actividad: aquella en que se procede a la *aplicación de las normas generales a los casos individuales concretos,* ya sea dictando la norma individual, que rige el caso, ya ejecutando, además, la sanción contra el obligado. Este sentido restringido comprende, aun, tanto la elaboración de sentencias judiciales propiamente dichas como de las normas individuales que dictan o ejecutan los órganos del poder administrador. Sucede, en efecto, que la división política de poderes no coincide exactamente con la división científica de funciones y que tanto el Poder Judicial como el poder administrador *aplican las normas generales* a los *casos concretos ocurrentes.* En un largo proceso histórico el Poder Judicial ha detentado u obtenido el monopolio de la aplicación de la ley de fondo correspondiente a aquellas ramas del Derecho de más larga tradición y mejor constituidas (derecho civil y penal en primer término). De aquí que haya sido general restringir el sentido de la palabra proceso a la actividad desplegada por los órganos del Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción que les es propia y, consecuentemente, circunscribir en la misma medida el objeto propio de la ciencia del derecho procesal.

IBÁÑEZ DE ALDECOA, Alfonso (*Meditaciones sobre la Cientificidad Dogmática del Derecho Procesal,* Buenos Aires, 1954, pág. 28) define acertadamente la materia: "Si hay conductas que crean normas, esta creación se realiza a través de un procedimiento determinado, y la investigación científica de este procedimiento, de las conductas que intervienen en este procedimiento, es objeto de la ciencia procesal".

El derecho procesal no debe, pues, limitarse a estudiar la creación de sentencias sino que, a iguales títulos, debe estudiar la creación de toda norma. También a esta concepción amplia adhiere, siguiendo la opinión expuesta en anteriores ediciones de esta obra, PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil,* T. I, 2ª ed., pág. 12).

La actividad desplegada por los órganos del Estado en la creación y aplicación de las normas jurídicas implica siempre dos tipos de normas: 1°) aquellas que establecen *el órgano,* determinando *quién* está facultado para establecer dichas normas o aplicarlas; 2°) aquellas que establecen *los actos* sucesivos y las formas que debe cumplimentar el órgano para el establecimiento o la aplicación válida del Derecho, determinando *cómo* debe proceder para ello. Al primer grupo de normas podemos denominarlo de *normas procesales orgánicas* y al segundo, que se refiere al procedimiento propiamente dicho, *normas procedimentales.* Ambos tipos de normas comprende el derecho procesal.

Si tenemos en cuenta ahora que la creación y aplicación de las normas jurídicas se desenvuelven en un sentido de individualización y concreción crecientes y recordamos las tres etapas más notorias de este proceso —esto es, la constitución, la *ley* (o norma general) y la sentencia (en general: la norma individual)— podemos esquematizar nuestra concepción del derecho procesal como puede verse en el cuadro de la página siguiente.

La definición y el esquema expuesto surgen de una concepción del derecho procesal a la luz de una teoría general del Derecho. En el número siguiente desarrollaremos con más detalles esta concepción y sus fundamentos. Pero debemos aquí advertir nuevamente que para la mayoría de los autores el derecho procesal se restringe —a nuestro modo de ver, injustamente— a lo que en nuestro esquema aparece como una de sus fases: el derecho procesal judicial. En el número siguiente explayaremos los fundamentos de nuestra opinión para retomar el tema a partir del 26.1.3. en adelante, circunscribiéndonos a lo que hemos denominado derecho procesal judicial, aunque sin dejar de tener presentes, desde luego, las explicaciones preliminares relativas al derecho procesal en general.

DERECHO PROCESAL (*lato sensu*)

Se refiere a la actividad desplegada por los órganos del Estado en la creación (y aplicación) de las normas jurídicas

NORMAS
- Orgánicas - Determinan la constitución del órgano (quién)
- Procedimentales - Determinan los actos a cumplir por el órgano hasta llegar a la creación normativa (cómo)

Gradas en el proceso de individualización y concreción crecientes (pirámide jurídica).

1ª DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: Se refiere a la creación de normas constitucionales (reforma de la constitución).

Normas
- Orgánicas - P. ej., asambleas constituyentes, composición, requisitos, etc.
- Procedimentales - P. ej., debates, votación.

2ª DERECHO PROCESAL LEGISLATIVO: Se refiere a la creación de las leyes o normas generales.

Normas
- Orgánicas - P. ej., parlamento. Sistema uni o bicameral, etc.
- Procedimentales - Debate, votación, mayoría sanción, veto, etc.

3ª DERECHO PROCESAL JURISDICCIONAL: Se refiere a la creación de normas individuales. A la aplicación de la ley a los casos concretos.

ADMINISTRATIVO - Se refiere a la elaboración de normas individuales por órganos pertenecientes al poder administrador.

Normas
- Orgánicas - P. ej., cámaras partidarias, Poder Ejecutivo, jefe de policía, etc.
- Procedimentales - P. ej., acta levantada por inspector de la repartición, sumario, resolución, recursos, etc.

JUDICIAL DERECHO PROCESAL (*stricto sensu*)

Normas
- Orgánicas - Organización judicial (fueros, instancias, tribunales, etc.).
- Procedimentales - Actos y formas procesales (demanda, contestación, prueba, etc.).

26.1.2. Derecho procesal y teoría general del Derecho

Las normas jurídicas son permanentemente creadas y aplicadas por los hombres. No basta, pues, con que las normas generales —leyes o costumbres— establezcan, por ejemplo, el deber de no matar o el de respetar la propiedad ajena. No basta tampoco que en general se establezca una sanción para el caso de homicidio o robo. Es esencial al Derecho (positivo) que para el caso de robo u homicidio *otro individuo* [2] (que actúa como funcionario u *órgano*) compruebe el efectivo acaecimiento del hecho antecedente y aplique en consecuencia la sanción. Para ello dicho órgano debe desarrollar cierta actividad, proceder a ciertos actos *(proceso)* dirigidos: 1°) a conocer la existencia o inexistencia del hecho antecedente *(proceso de conocimiento)* y 2°) a ejecutar la consecuencia jurídica en la persona o los bienes del responsable *(proceso de ejecución).* Ahora bien, para llegar válidamente mediante el proceso a su fin propio, es decir a dictar una sentencia válida o ejecutarla válidamente contra el infractor o quien resulte responsable, el juez debe ajustar su conducta a las normas procesales que la rigen. Al dictar —como resultado del proceso— la sentencia válida o ejecutarla válidamente contra el infractor, el juez ejerce su función propia: *la jurisdicción.*

De las explicaciones precedentes surge con evidencia que toda norma jurídica positiva, así como su eventual ejecución coactiva, surgen de la actividad *(procedimiento)* desplegada por un *órgano* del Estado en su carácter de tal (centralizado o descentralizado, permanente u ocasional).

El orden jurídico, a la vez que determina un *qué* (derecho sustancial) a la conducta general de los súbditos, establece *quién* (órgano) procederá a la determinación de dicha conducta y *cómo* (procedimiento propiamente dicho) se hará ello. Estos dos últimos aspectos constituyen el derecho procesal.

En la constitución se prevé generalmente un procedimiento determinado para su reforma (procedimiento constitucional). La misma constitución determina asimismo *quién o quiénes* constituyen el Poder Legislativo (órgano) autorizado para emitir normas generales y el procedimiento para la sanción de dichas leyes. En la misma constitución (y más especialmente en una ley orgánica) se determina la composición del Poder Ju-

REG.: 214

[2] Véase en esto una forma de la nota de bilateralidad o alteridad, esencial al derecho (v. *supra,* Cap. 12). No bastaría, en efecto, que el propio individuo, convencido de su mal comportamiento, se infligiese a sí mismo un mal en carácter de sanción. No es, p. ej., sanción jurídica el harakiri que se practican los japoneses nobles para el caso de deshonor. Para que exista sanción jurídica es necesaria la interferencia de conducta con otro individuo que actúa como funcionario del Estado.

dicial (órgano), distribuyendo entre diversos funcionarios o cuerpos colegiados la competencia. Otras leyes determinan el procedimiento a seguir por dichos magistrados y funcionarios hasta la sentencia definitiva (procedimiento propiamente dicho) [3].

26.1.3. Jurisdicción y proceso. Acción

Si restringimos nuestra atención y nuestro estudio a lo que hemos llamado derecho procesal jurisdiccional podremos observar que, dentro de dicho campo, los conceptos de *jurisdicción y proceso* son correlativos. La jurisdicción es la función del Estado, la atribución o poder del órgano judicial, la *potestad conferida a los jueces para conocer en los pleitos y fallarlos;* el proceso es el resultado del ejercicio concreto de la jurisdicción, la actividad efectivamente desplegada al ejercerla, la forma de su manifestación exterior.

Las nociones expuestas son suficientemente claras y no ofrecen dificultades. Para tener una idea de las complejidades y dificultades sin cuento que ha debido afrontar en este punto la ciencia tradicional del derecho procesal —de las que nos podemos dar aquí una leve idea— será conveniente tener en cuenta los siguientes factores:

1) La división histórico-política *tripartita* de los *poderes* del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) no coincide con la división científica *bipartita* de las *funciones* (legislación y jurisdicción). Los procesalistas se encuentran definiendo el Poder Judicial por el ejercicio de la jurisdicción y, en círculo, la jurisdicción por el órgano judicial que la ejerce, definición, esta última, que es insuficiente.

2) Centrada la atención de los procesalistas sobre el proceso *judicial* —es decir el jurisdiccional ejercido por órganos del Poder Judicial— y en particular sobre el proceso judicial *civil,* no sólo no han visto el proceso constitucional o el legislativo sino que, confundidos por los conceptos

[3] Cfr. el texto con el esquema incluido en 26.1.1.

"Desde un punto de vista dinámico la norma individual creada por la decisión judicial es una etapa de u proceso que principia con el establecimiento de la primera constitución, continúa con la legislación y la costumbre y culmina en las decisiones judiciales. Tal proceso se completa mediante la ejecución de la sanción individual. Las leyes y las normas consuetudinarias son únicamente, por decirlo así, productos semielaborados cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta. El proceso a través del cual el derecho constantemente se crea a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto. Es un proceso de individualización y concretización siempre crecientes" (*Teoría General,* pág. 140).

histórico-contingentes de la división política de poderes, se han encontrado desconcertados ante la "mutación histórica del contenido de la jurisdicción" pues en diversos países y en distintas épocas naturalmente, los jueces han tenido más o menos atribuciones —jurisdiccionales o no— y la función jurisdiccional ha sido también detentada en cierta medida por órganos no integrantes del Poder Judicial.

3) Dichas perplejidades han conducido a diferenciar la jurisdicción *"propia" o contenciosa de la "impropia" o voluntaria.* De este modo se hace radicar lo específico de la jurisdicción judicial en el concepto extrajurídico de "conflicto de intereses" (contienda, contencioso) sobre la base de que históricamente es indudable que la jurisdicción aparece, predominantemente, como un modo de solucionar conflictos de intereses de los particulares. Pero la solución no es satisfactoria, ya que tanto las autoridades administrativas como el Poder Judicial ejercen o pueden ejercer la denominada jurisdicción *contenciosa* (juicio civil o proceso penal, procedimiento de multa administrativa) como la *voluntaria* (declaratoria judicial de herederos, concesión administrativa, etc.).

Por último, aunque no en orden de importancia, es necesario reparar en que tanto la legislación procesal como la ciencia procesal modernas se han desenvuelto sobre la base y teniendo como modelo paradigmático al proceso *civil,* concebido éste como *una contienda entre partes sobre sus derechos librada ante un tercero imparcial (el juez) quien en definitiva proveerá a la solución del conflicto.*

Como consecuencia de la referida concepción civilista podemos enumerar, sin que con ello pretendamos agotarlas: 1°) concepción del proceso como juicio que da solución a un conflicto de intereses, concepción ésta que indudablemente resulta forzada para el proceso penal; 2°) el concepto de *parte* es llevado al proceso penal de modo artificial, con la figura del fiscal; 3°) el concepto de *impulso procesal* que, sobre la base de la figura del juez como "tercero imparcial" en el conflicto, subordina todo acto del órgano a la incitación de los interesados *(ne procedat iudex ex officio);* 4°) por último, y en conexión estrecha con el punto anterior, están los debates en torno de la *acción procesal,* que parece un elemento propio de la incardinación del proceso civil en un Estado liberal, pero que no se concibe con igual claridad en el proceso penal.

26.1.4. Jurisdicción

Con las observaciones anotadas a la vista podemos transcribir una de las definiciones más satisfactorias del concepto de jurisdicción: *"La jurisdicción es el poder público que una rama del gobierno ejercita, de ofi-*

cio o a petición del interesado, instruyendo u n proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida" [4]. Si advertimos que, en rigor, no existe paralelismo entre jurisdicción y una "rama de gobierno" y si descartamos por inesencial el concepto de "impulso", podemos partir de la definición citada para desentrañar lo *esencial: la creación de una norma individual (sentencia), lo que implica "aplicación" de una norma general* [5], la declaración de la ocurrencia efectiva del hecho antecedente y la imputación de una consecuencia jurídica (sanción), haciéndose necesario el *proceso* tanto para llegar a establecer la efectiva ocurrencia del *hecho antecedente* ("para establecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico", proceso de *conocimiento*) como para hacer efectiva la consecuencia jurídica imputada ("haciendo que la sentencia sea cumplida", proceso de *ejecución*).

No es satisfactoria la definición de la jurisdicción como actividad *sustitutiva* de la defensa privada de los particulares, pues si bien ése puede haber sido su origen histórico efectivo, de ningún modo es nota esencial. Ello no impide, desde luego, que esa defensa privada haya sido su origen histórico, pudiendo señalarse una evolución que se iría alejando progresivamente de ese carácter primitivo. El procesalista italiano Calamandrei señala —p. ej.— la real tendencia de la jurisdicción a transformarse, de *actividad mediadora* que interviene solamente cuando haya que dirimir, en defensa de la paz social, un conflicto de intereses individuales, en *actividad de control jurídico* que interviene en defensa de la ley como trámite necesario a fin de que la satisfacción y la misma colaboración de los intereses individuales pueda realizarse solamente de un modo conforme al Derecho [6].

[4] PODETTI, J. Ramiro, "Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil", *Revista de Derecho Procesal,* año II, nro. II, Buenos Aires, 1944, pág. 16.

En esta definición se intenta dar razón de estos cuatro elementos:

a) *naturaleza* del órgano y de la función; es un derecho del Estado, pero también un deber ineludible. El juez no puede negarse a administrar justicia;

b) *fines* e interés protegido: interés privado (tutela jurídica del derecho subjetivo) e interés público (actuación del derecho objetivo). Este último obliga a la investigación procesal de la verdad;

c) *impulso* que mueve la función: doble en atención al doble interés, es decir *de oficio* cuando prepondera un interés público y *a requerimiento de parte* cuando prepondera el privado;

d) *forma* que asume el ejercicio de la función jurisdiccional: especialmente normada por la ley, constituye el *proceso*.

[5] Ver las ideas kelsenianas en Cap. 14.

[6] CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. Santiago Sentís Melendo), T. I, pág. 184.

26.1.5. Proceso

Definida la jurisdicción como la función jurídica estatal de crear normas jurídicas individuales podemos, en relación a la misma, definir el *proceso* como *el conjunto de actos mediante los cuales se manifiesta o ejercita la jurisdicción,* es decir se llega a la creación de la norma individual (sentencia). La jurisdicción es una función; el proceso un *fenómeno material* [7]. Y así, la sentencia que constituye el contenido definitorio de la jurisdicción, constituye también la terminación normal y la finalidad del proceso.

El proceso aparece, por lo tanto, como la manifestación externa del ejercicio de una actividad, como un conjunto de actos del juez y de las partes, unificados en una serie temporal hasta la sentencia definitiva que es el resultado de ese conjunto, es decir de todos y cada uno de los actos. A la sentencia como *fin* del proceso se encaminan o dirigen *todos* los actos procesales [8]. Estos actos están reglados por la Ley de Procedimientos de modo que se realicen en un orden determinado y dentro de ciertos plazos, etcétera. De este modo se va avanzando mediante estos actos hasta el fin: la sentencia válida. De aquí toma su nombre el proceso (de *procedere: avanzar*). El comentario exegético al Código, o Ley de Procedimientos que lo regula, dio lugar al estudio inmediato práctico o "procedimiento". Más modernamente se ahondó en el estudio institucional, buscando los fundamentos de las disposiciones y un entronque con las otras ramas del Derecho con lo que se superó la etapa de los "prácticos" y se originó una teoría general, la moderna ciencia del derecho procesal.

Dentro de ese concepto genérico de proceso se engloban diversas especies: 1°) el *proceso de conocimiento,* en el que se ventila en forma amplia la cuestión planteada, estableciéndose por medio de la sentencia una solución definitiva sobre el asunto, solución que el orden jurídico no permite en adelante discutir (cosa juzgada); 2°) *el proceso de ejecución;* este tipo de procedimientos, de carácter sumario y defensas restringidas, es regulado para dos hipótesis; como complemento del proceso de conoci-

[7] Cfr. LASCANO, David, "Jurisdicción y proceso", en *Estudios de Derecho Procesal,* en honor de Hugo Alsina, pág. 9. Fenómeno material constituido, en cuanto tal, por una serie de actos realizados por el juez y las partes.

[8] PODETTI, J. Ramiro, *op. cit.,* pág. 44. Señala este autor que en la consideración del proceso han existido dos maneras fundamentales: 1) estudiar los fenómenos materiales que objetivamente lo constituyen, y 2) estudiar la forma (la naturaleza y los efectos) en relación a los sujetos que los elaboran y utilizan y los fundamentos de la *unidad* de estos fenómenos en el proceso. "En un encuadre no muy preciso podría decirse que la primera corresponde a los prácticos y a la época del procedimiento y la segunda a los teóricos y a la época del derecho procesal" (*op. y loc. cit.*).

miento (ejecución de sentencia) o en forma independiente y con relación a ciertos títulos presuntivamente veraces (escritura pública, papeles de comercio debidamente protestados, etc.). La sentencia dictada en esta clase de procesos lleva adelante la ejecución sobre los bienes del deudor, pero de modo que no prejuzga sobre el aspecto sustancial de la cuestión debatida y no produce, por ende, los efectos de la cosa juzgada. Si resulta que, en definitiva, el ejecutante obró sin derecho, esta situación de fondo se puede ventilar con la debida amplitud en el correspondiente juicio ordinario del conocimiento; 3°) el *proceso cautelar,* que aparece comentando a los anteriores. Se dirige a la obtención de ciertas medidas que impidan al demandado, durante la tramitación del pleito, sea la distracción de sus bienes (embargo, inhibición, secuestro, etc.) o bien la alteración del estado de hecho existente al tiempo en que aquéllas se solicitan (prohibición de innovar y de contratar, anotación de litis, etc.).

26.1.6. Acción (naturaleza jurídica y orígenes del derecho procesal civil)

Junto con los conceptos de *jurisdicción* y de *proceso,* el de la *acción* es una de las bases para el estudio del proceso civil [9]. Pero es éste, indiscutiblemente, el más dificultoso, habiendo dado lugar a una polémica ilustre a partir de la cual, puede decirse, se constituye la moderna ciencia del derecho procesal [10]. La naturaleza de la acción "es el punto neurálgico de la doctrina procesal y la *encrucijada* entre el derecho material y el judicial" [11].

Hasta mediados del siglo pasado la acción era un tema exclusivo del derecho civil. Se concebía a la acción como: 1°) la potestad inmanente del derecho subjetivo de reaccionar contra su violación; 2°) el derecho mismo en su tendencia a la actuación; 3°) un derecho nuevo que nace de la violación del derecho subjetivo y cuyo contenido es la obligación del adversario de hacer cesar la violación [12].

[9] PODETTI, J. Ramiro, *Teoría y Técnica del Proceso Civil,* Buenos Aires, 1942, párr. 27. Su obra ya citada *Trilogía...* alude precisamente, con ese título, a la importancia básica de esos tres conceptos.

[10] Hay acuerdo casi general en considerar a la prolusión de CHIOVENDA, *L'Azione nel Sistema dei Diritti,* como el punto inicial de la autonomía y desarrollo científico del derecho procesal moderno, aunque también se reconoce que esta obra fundamental tiene su antecedente inmediato en la polémica entablada en Alemania entre Windscheid, Muther y más tarde Wach, sobre la naturaleza jurídica de la acción.

[11] PODETTI, J. R., *Teoría...,* cit., párr. 57.

[12] CHIOVENDA, Giuseppe, *L'Azione nel Sistema dei Diritti,* citado por PODETTI, J. R., *Trilogía...,* cit., pág. 26.

La acción aparecía entonces como una mera duplicación del derecho subjetivo y su estudio correspondía al derecho civil. El "procedimiento" —que no tenía jerarquía de rama de la ciencia jurídica— se ocupaba de las formas de actuación en juicio [13]. Pero este concepto, si bien era suficiente desde el punto de vista del derecho civil, no lo era en cambio del punto de vista del derecho procesal, pues no daba cuenta sobre el sentido de la acción *en el proceso.*

Los pasos iniciales en esta búsqueda del carácter procesal de la acción —y este correlativo desprendimiento del derecho procesal del "viejo tronco" civil— fueron dados en Alemania. La circunstancia se hallaba así favorecida "por la existencia de una doble terminología: la *actio romana,* acerca de cuyo sentido se discutía desde hacía tiempo...; y la *klage,* entendida como *klagerecht o derecho de querella;* entre estos dos términos corre una sutil diferencia en cuanto la *actio* se refiere propiamente a una actividad dirigida contra el obligado y la *klage...* se entiende dirigida contra el Estado" [14].

Windscheid publica en 1856 su obra *La Acción en el Derecho Romano desde el Punto de Vista del Derecho Actual,* en el que denomina *pretensión* a la dirección personal que toma el Derecho cuando es violado y propone reemplazar por este término la *actio romana.* Pero Muther, apoyado en la tradición de la *klage,* presenta a la acción como un *derecho contra el Estado,* en la persona de sus órganos jurisdiccionales a los cuales el individuo reclama protección jurídica [15]. La polémica y la elaboración doctrinaria prosiguió con Oscar Bülow, José Kohler, Dernburg y otros y, sobre

[13] Éste era el contenido de la *procédure* francesa o de la *procedura* italiana: *"La collection des formes à suivre dans l'exercise de nos droits"* (BLONDEAU, *Essais sur Quelques Points de Législation et de Jurisprudence,* Paris, 1850, pág. 150).

[14] CHIOVENDA, G., *L'Azione...,* cit., en *Saggi di Diritto Processuale Civile,* Bologna, 1904.

[15] Para comprender la aplicabilidad de dicho concepto al procedimiento romano, y por ende a la *actio,* es menester hacer una referencia al procedimiento de la época clásica en la cual el particular pedía el magistrado la entrega de la *fórmula* en la que estaría condensada la tutela jurídica estatal, así como el pedido sería el equivalente de la acción.

El procedimiento romano, denominado por ese motivo *formulario,* estaba caracterizado por la división del proceso en dos partes, ante funcionarios y con finalidades diversas. En la primera de ellas *(in iure)* que se desarrollaba ante el magistrado, el actor obtenía de éste la entrega de la *fórmula* en la cual se fijaban los puntos sobre los que debía recaer la decisión y se autorizaba al juez *(iudex)* a fallar la causa. El demandante leía entonces la fórmula al demandado y éste debía aceptarla so pena de ser tratado como *indefensus.* Aceptada la fórmula por el demandado, se producía la *litis contestatio,* es decir, el acuerdo de las partes sobre lo que debía someterse a resolución judicial. Con ello terminaba el procedimiento *in iure,* habiéndose transformado el primitivo derecho del demandante en el derecho de acudir con la fórmula ante el juez *(in iudicio),* produciéndose en esta segunda parte del proceso las pruebas y sentencia.

todo con Adolfo Wach, de quien se titula alumno Chiovenda [16]. En Wach la *acción es el "derecho de aquel a quien es debida la tutela jurídica"*, concebido como un derecho autónomo dirigido *contra el Estado y el adversario*.

El 3 de febrero de 1903, momento estelar para la ciencia del derecho procesal, Chiovenda leyó su prolusión al curso de Derecho Procesal Civil en la Facultad de Derecho de Bolonia, intitulada *L'Azione nel Sistema dei Diritti*. Si bien el concepto del profesor italiano no es aceptado en la actualidad, se suele considerar esa fecha como el momento inaugural de la moderna ciencia procesal. A partir de esa fecha, en efecto, ninguna duda puede caber acerca de que la *acción no es el derecho material* y que el procedimiento puede ser estudiado desde sus fundamentos propios y no como mera glosa a la ley de forma. Muere el "procedimiento" de los exégetas y nace el "proceso" y, con él, el derecho procesal como rama con jerarquía científica [17].

Chiovenda concibe la acción como un derecho potestativo, entendiendo por tal un derecho al que no corresponde una prestación, "que tiene por contenido un puro poder jurídico y no un deber ajeno", es decir, "que tiende a la modificación del estado jurídico existente". La acción es pues *"el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley"* [18]. El concepto de Chiovenda no ha sido seguido por la doctrina posterior, pero en torno del maestro y fundador toda una pléyade de estudiosos se dieron a la tarea de sustituir los viejos tratados de procedimiento por nuevas producciones inspiradas en su obra y siempre continuando la tarea de concebir *procesalmente,* y no desde el punto de vista del derecho civil, las instituciones fundamentales.

[16] Ver al respecto un pasaje del maestro italiano, citado por SENTÍS MELENDO, Santiago, en "Los conceptos de acción y de proceso en la doctrina del profesor Hugo Alsina. Su situación dentro del panorama procesal de nuestra época", *J.A.*, 3-XII-1941, trabajo que seguimos en general en esta exposición sobre los orígenes de la moderna ciencia procesal.

Nuestro autor hace referencia al nacimiento de la ciencia procesal en sentido estricto, es decir al tránsito de la etapa denominada del procedimiento (comentario exegético de las leyes de procedimientos) a la etapa *científica*. Como antecedentes más remotos podemos mencionar la etapa *judicialista* (siglos XII y XIII) con la aparición de los primeros trabajos especializados en Bolonia, y la *etapa de los prácticos* que siguió a ésta y que domina el panorama del procedimiento hasta fines del siglo XVIII y que es desplazada a comienzos del XIX por los procedimientos exegéticos.

[17] SENTÍS MELENDO, S., *op. y loc. cit.*

[18] CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones del Derecho Procesal Civil,* T. I, Madrid, 1936, págs. 10 y 25 y *L'Azione...*, cit., págs. 160 y 170. Si bien nadie tiene un *deber* correspondiente a un derecho "potestativo", según el sabio italiano, sin embargo, este poder existe *frente* al adversario que en definitiva resulta sujeto a él. La noción es, evidentemente, oscura.

En la doctrina posterior ha prevalecido la tendencia a considerar la acción como un *derecho de la parte* al que corresponde un *deber del Estado,* concepción que había sido ya adelantada por Degenkolb. Así, por ejemplo, el gran procesalista alemán James Goldschmidt *la define del siguiente modo:* "...la *acción o derecho de obrar procesal* (con su contenido de pretensión de sentencia) es un *derecho público subjetivo* dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable. Separamos pues, hoy, la acción procesal que se dirige contra el Estado de la acción o pretensión de derecho privado que se actúa frente al individuo obligado, mientras que en el Derecho Romano la *actio* designaba ambas clases de acciones" [19]. La misma idea, sustentada también por Ugo Rocco, es expresada con mayor precisión aún por el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture: la acción es *el poder jurídico que faculta para acudir a los órganos de la jurisdicción* [20].

Esto no significa, por cierto, desvincular la acción procesal en forma absoluta del derecho subjetivo ya que, como señala J. Ramiro Podetti la *invocación* de un derecho subjetivo es un supuesto apodíctico de la acción procesal. En este sentido, la acción aparece como un elemento típico del proceso civil correspondiente a una ideología democrática e individualista, como el mismo derecho subjetivo a cuyo servicio está. El derecho objetivo está en cierto modo *a disposición* del derecho subjetivo en sentido estricto, y el titular de este último participa, mediante la acción, en la creación de la norma individual y en la aplicación efectiva de la sanción al transgresor. No basta que éste haya cometido el entuerto para que se le aplique una sanción; es indispensable que previamente el titular del derecho subjetivo manifieste ante el órgano del Estado la existencia de esa transgresión, habilitando así a ese órgano para pronunciarse al respecto. La aplicación de una sanción civil requiere esa manifestación y su irreemplazable sujeto, que actúa como "oficial de enlace" entre el derecho material y el formal: es necesario que el demandante demande.

Toda sanción requiere iniciativa y ejecución. El miembro de las sociedades primitivas disponía de ambas. Con la centralización creciente de los órganos del Estado ocurre un monopolio de la sanción. Este monopolio o "expropiación" de la actividad coactiva llevado a cabo por el Estado

[19] GOLDSCHMIDT, James, *Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, 1936, págs. 2 y 96.

[20] COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, 1958, pág. 68. Es, por otra parte, la doctrina que prevalece —con diversos matices— entre la mayoría de los autores modernos.

no es completo: en algunos casos subsiste la descentralización (los padres, p. ej., pueden corregir moderadamente a sus hijos —art. 279, Cód. Civ.—); en otros el Estado ha monopolizado tanto la iniciativa como la ejecución de la sanción (p. ej., proceso penal general); por fin, hay campos enteros del Derecho (en particular la jurisdicción civil) en que el Estado ha monopolizado la *ejecución* de la sanción pero reconoce al particular la iniciativa. Ésta constituye una propiedad del individuo y ello por razones históricas y contingentes, pero esenciales a una comunidad organizada de acuerdo con una ideología individualista. Mediante la acción del individuo integra la jurisdicción del funcionario que, sin ella, no puede conocer el caso ni aplicar al mismo la norma general. No existe, según esta concepción, ninguna acción específicamente procesal que no tenga otro objeto que la prestación de la jurisdicción vacía de todo contenido. La acción es el hecho antecedente del proceso y consiste en la invocatoria —revestida de las formalidades legales— de la violación de un derecho por parte del demandado [21].

No podemos seguir en su desarrollo circunstanciado las múltiples teorías sobre este concepto de la acción, verdadero "punto neurálgico de la doctrina procesal". La idea es clara: *en el proceso civil no se admite el ejercicio de la jurisdicción sin previo requerimiento del "interesado", es decir del particular que invoque la violación de su derecho subjetivo por el demandado —aportando elementos para la verificación de este aserto—*. La acción consiste en ese requerimiento e invocación, esencialmente coimplicados. El mero requerimiento e invocación pueden ser infundados y no tener apoyo en el derecho material. Estamos entonces ante la denominada acción "meramente procesal". Puede en cambio prosperar la demanda y entonces la vinculación entre la acción y el derecho subjetivo se hace notoria [22].

La noción relativamente sencilla de la acción que hemos expuesto, se complica grandemente cuando los procesalistas tratan de desentrañar su naturaleza jurídica y, sobre todo, las relaciones del derecho procesal con el derecho sustancial a partir de la misma.

Ante las dificultades, opinan algunos que es un esfuerzo inútil el tratar de encontrar una definición general de la acción y consideran que se trata

[21] CARNELLI, L., *op. cit.*, Cuarta Parte, nros. 3 y 4.

[22] Observa García Maynez: "Es incuestionable que el derechohabiente tiene la facultad de reclamar del obligado el cumplimiento de su obligación, como tiene la de exigir que se le sancione en caso de inobservancia; pero no se trata, según la doctrina kelseniana, de dos derechos diferentes, sino de un solo derecho en dos relaciones distintas. Pues la primera facultad sólo puede ser considerada como elemento de un derecho subjetivo en cuanto la segunda existe, o expresado con otras palabras: si no hay acción tampoco hay derecho subjetivo".

de un concepto variable, de acuerdo con las concepciones e ideologías imperantes [23]. Así, en la época de auge de la ideología individualista y liberal, predominaba una concepción *privatística* del proceso civil cuya finalidad consistía en la "tutela de los derechos subjetivos"; la acción era entonces un "aspecto" o momento del derecho sustancial. Se independiza, más tarde, la acción del derecho subjetivo advirtiendo el aspecto puramente procesal que encierra su ejercicio y reconociendo al Estado como sujeto pasivo del mismo. En Chiovenda se realizaría el equilibrio que, después de él, se rompe en favor del interés público. Predomina así una concepción *publicista* del proceso civil, viéndose en él, más que la tutela de derechos subjetivos, el medio de actuación del derecho objetivo, es decir de la ley. El último desenvolvimiento de estas ideas lo constituye la teoría de la acción como *derecho abstracto de obrar,* siguiendo los pasos de Degenkolb. Se rompen de este modo los lazos entre la acción y el derecho subjetivo, lo que corresponde a una crisis en el concepto de derecho subjetivo, que era hasta entonces fundamental. La acción tiende a asimilarse a la simple *denuncia* [24]. En la actualidad, sin embargo, no se ha completado este panorama publicístico a ultranza. La doctrina, a falta de mejores soluciones, tiende a un eclecticismo reconociendo que, junto al interés privado, el proceso civil realiza un interés público. En la legislación, el proceso permanece todavía encerrado en estructuras quizás excesivamente privatistas.

Lo dicho es suficiente para dar una noción general de la acción y de su importancia en la génesis y desarrollo de la moderna ciencia del derecho procesal. Como necesario punto de enlace con los "principios procesales", que trataremos en el párrafo siguiente, convendrá, sin embargo, destacar que, al concebir la *jurisdicción* como una función en principio inmóvil que sólo adquiere vida a *impulso* de la *acción* del particular (de la cual siempre puede éste *disponer*), se sientan ya en el concepto de *acción* las bases sobre las que se ha de estructurar el proceso civil: los *principios procesales* [25] y en particular el más importante de ellos, es decir el denominado *dispositivo*.

[23] CALAMANDREI, Piero, "La relatividad del concepto de acción", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia,* t. IV, nros. 3 y 14, pág. 43.

[24] Ésta es —en rasgos muy generales— la tesis expuesta por Calamandrei en la obra citada.

[25] En una exageración privatística de esta vinculación entre la idea de acción y algunos principios procesales incurren algunos autores, que extienden la *acción* a todo el curso del proceso. "La acción es, pues, empíricamente, no sólo la facultad de dar el primer impulso a la actividad del juez, que de otra forma permanecería inerte, sino que es, además, el poder de preparar para el juez la materia y el programa de su providencia".

26.1.7. Bases de la organización del proceso (principios procesales)

Pueden definirse los *principios procesales* como las directivas o líneas matrices dentro de las cuales se desenvuelven las instituciones del proceso. A tenor de ellos es posible caracterizar a grandes rasgos un procedimiento determinado, de acuerdo con la ley que lo rige y la práctica tribunalicia. Advirtamos aun que, aunque este tema de los principios procesales ocupa un lugar destacado en la doctrina procesal, no hay unanimidad en cuanto al número y contenido de dichos principios, lo que debe atribuirse en buena medida, a que la indagación sobre los mismos se hace a partir de un determinado derecho positivo, lográndose así los principios de un determinado proceso y no principios generales. Nosotros trataremos estos principios en términos muy generales y con especial referencia al proceso *civil,* tal como existe en nuestro país.

Principio dispositivo. Es indiscutiblemente el más importante y según el grado de su consagración en el derecho positivo sirve para definir la concepción (privatística o publicística) sobre el proceso. Se opone por definición al principio *inquisitivo.* Se puede concebir hipotéticamente un proceso en el que tengan plena realización el principio *dispositivo* o el *inquisitivo,* pero en realidad siempre se da, de hecho, un compromiso entre ambos. Según el predominio de uno u otro se dice que gobierna el proceso, el principio dispositivo o su contrario.

Se puede concebir al *juez investido de todas las facultades* para investigar y aplicar la ley y, en ese caso, estamos ante el principio *inquisitivo.* Se puede, por el contrario, concebir al *juez sujeto a la iniciativa de las partes* y éste es el contenido del principio *dispositivo.* El principio dispositivo —enseña Goldschmidt— supone que, en derecho procesal civil, pesa sobre las partes la carga de proporcionar los fundamentos de la sentencia mediante sus actos de postulación (peticiones, alegaciones, aportación de las pruebas). El principio contrario al dispositivo lo forma el de investigación, que domina el procedimiento penal y que recibe también los nombres de principio inquisitivo, de instrucción o principio de conocimiento de oficio [26].

"No se trata solamente de un impulso para poner en movimiento, en virtud del cual la justicia, superada la fase de inercia, quede después en libertad de seguir en camino; se trata de una *constante colaboración,* mediante la cual, durante todo el transcurso del proceso, el actor continúa señalando la ruta a la que el juzgador se debe atener" (CALAMANDREI, Piero, *Instituciones...,* cit., pág. 158, citada en el comentario bibliográfico de PODETTI, J. Ramiro, quien había profesado con anterioridad ideas semejantes en su *Trilogía...,* cit.).

[26] GOLDSCHMIDT, J., *Derecho...,* cit., pág. 82.

Con lo que hemos dicho en un párrafo anterior sobre el concepto de *acción,* se entiende que el *dispositivo* viene en cierta medida impuesto por la aceptación de la *acción civil* y, correlativamente, del derecho subjetivo en sentido estricto, propia de un régimen individualista en el que se acepta la propiedad privada. En dicha medida no se cuestiona, y por el contrario, se acepta expresamente sin discrepancias doctrinarias que, de acuerdo con nuestra constitución política, el proceso civil debe estar fundamentalmente gobernado por el *principio dispositivo.* Si *principio dispositivo* quiere decir que las partes tienen la *iniciativa* y la *disponibilidad* de los derechos controvertidos en el proceso, pudiendo poner en cualquier momento término a él por *allanamiento, transacción, desistimiento,* o *conciliación,* es indudable que el proceso civil está gobernado, y debe estarlo, por dicho principio. Pero otra cosa puede opinarse en lo que se refiere a la *impulsión* del proceso [27]. En la ideología liberal y la concepción privatística en la que tiene origen, el *principio dispositivo* implica también que la *impulsión* del proceso está a cargo de las partes.

Como ejemplo de esta excesiva subordinación del juez al *impulso* de parte, cabe citar el régimen de la contestación de la demanda en el Código Procesal Civil de la Capital Federal, con anterioridad a su reforma por la ley 14.237, de 1953. El Código acordaba al demandado un plazo de quince días para contestarla, mientras el actor no hubiese solicitado que se le diera por decaído el derecho de hacerlo. Esto se debía a que los términos procesales no eran, en principio, *perentorios.*

El principio dispositivo en su versión privatística implica, pues, no sólo la entrega de la *iniciativa* y la *disposición* de la acción a las partes sino también la atribución a las mismas del impulso procesal. Concibe al juez y al proceso como órgano e institución inertes, que sólo adquieren movimiento entre la solicitud permanente de las partes interesadas. De este modo se tutela primordialmente el interés privado y no se advierte el interés público que hay en todo proceso, no sólo en la realización del derecho objetivo general sino también en terminar con la incertidumbre del proceso abierto, con la indecisión que significa para las relaciones jurídicas. Las partes, dueñas absolutas del proceso, según el principio dispositivo concebido de forma clásica y sin atenua-

[27] "El principio liberal impone que la iniciativa del proceso quede en manos de los particulares... la iniciativa y la disposición del proceso incumben exclusivamente a las partes. Pero, reservada a los interesados la facultad de iniciar el litigio o de ponerle fin cuando lo deseen, el impulso del proceso, es decir la fuerza que lo conduce desde la demanda hasta la sentencia, debe desplazarse, tal como acaba de acentuarse, hacia el juez" (COUTURE, Eduardo J., "Líneas generales del Proyecto de Código de Procedimiento Civil", *L.L.,* 41-931).

ciones, pueden, por su impericia, argucia o colusión, malograr el derecho de fondo a cuyo servicio se encontraba la institución procesal, dilatar la tramitación del pleito y, como resultado mediato, perjudicar el concepto general acerca de la justicia y engendrar desconfianza hacia las instituciones jurídicas. La exageración a que en este sentido se ha llegado en la aplicación del principio *dispositivo* —no en vano llamado "principio del pleito"— acarreó paulatinamente su desprestigio, hasta haberse llegado a proponer su supresión total. Esto tampoco sería posible ni recomendable [28] y las soluciones propiciadas son generalmente transaccionales [29].

Si bien en pocas legislaciones el principio dispositivo rigió en forma tan amplia como en nuestros códigos, debe señalarse que, a partir del año 1949 comenzó a abrirse camino en el país una orientación renovadora, encaminada a paliar los inconvenientes que presenta aquel principio en su aplicación estricta. Dicha tendencia —particularmente reflejada en los códigos de Jujuy (1949), La Rioja (1950 y reformado en 1972), Mendoza (1953) y Santa Fe (1961), así como en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (1967, reformado por ley 22.431/81) y en los numerosos ordenamientos provinciales que se adaptaron a éste— se caracteriza, en lo fundamental, por las mayores potestades que acuerda a los jueces en lo

28 Dice Carnelutti: "Que el pleito debe acercarse al juez a fin de que éste pueda juzgar, es una verdad axiomática. No se puede pensar que juez vaya de por sí en busca del litigio porque esto, aun en los límites en que fuera posible, por un lado absorbería su actividad hasta hacerle difícil el ejercicio de su función más verdadera, y por el otro turbaría su serenidad, en cuanto el esfuerzo de la investigación apasiona al investigador induciéndolo casi siempre a exagerar la importancia de los resultados que haya podido obtener. La verdad y el valor de esta observación, confirmada cada día por la experiencia del proceso, aparecerá más claramente en lo que sigue; pero desde ya advierto cómo sobre ella debería particularmente meditar quién propugna una reforma del proceso civil italiano dominada por el principio *inquisitivo,* olvidando que cuando el juez desciende de su cátedra para acercarse a la parte resulta siempre un poco menos juez, de modo que su absoluta serenidad debe ganarse al precio de su menor iniciativa. La actividad desplegada en el proceso se distingue en dos fases: fase de *investigación* y fase del *juicio.* A esta distinción de funciones corresponde una distinción de órganos: *órganos de investigación y órgano de decisión.* La fase de investigación consiste, precisamente, en una especie de inmediación entre el juez y el litigio, es decir, en una serie de actos que ponen al juez en contacto con el litigio..." (CARNELUTTI, Francisco, *Lezioni di Diritto Processuale Civile,* T. 2, págs. 150-151).

29 Hemos reproducido en la nota 30 la opinión de Couture, que nos parece aceptable. Podetti (PODETTI, J. R., *Teoría...*, cit.), propugna que se mantenga el principio dispositivo, pero atemperándolo mediante límites objetivos y subjetivos. Entiende que en la investigación de la verdad y en el desarrollo del proceso (perención, plazos, etc.) el juez y las partes deben tener facultades concurrentes o paralelas.

que atañe a la dirección y ordenación del proceso (acrecentamiento de facultades instructorias, impulso de oficio, etc.), la aceleración y simplificación que imprime a los trámites (perentoriedad de los plazos, concentración de actos, supresión de formalidades innecesarias, etc.) y la represión de la conducta de los litigantes que importe un quebrantamiento de los deberes de lealtad y buena fe.

Como otro principio subsidiario del dispositivo consideran los autores el de *bilateralidad:* ambas partes deben ser oídas, ya que ambas tienen la disposición del proceso. La bilateralidad desemboca naturalmente en el principio de *contradicción o contradictorio:* en lo que se refiere a los hechos, es evidente que nadie tendrá más interés que la contraparte en oponerse a toda afirmación inexacta y controvertirla: en lo que se refiere a las normas, si bien el juez las conoce y su invocación por las partes no es decisiva *(iura novit curia),* también es cierto que la colaboración de las partes resulta una ayuda inestimable para el juez.

Otra consecuencia del principio dispositivo, tratado por muchos autores como parte esencial de éste, es *la limitación en las facultades del juez.* El juez no debe dirigir su investigación sobre hechos no controvertidos ni puede utilizar su saber privado para la formación del material de hecho *(quod non est in actis non est in mundo):* el juez está vinculado a la actividad de las partes y debe juzgar lo alegado y probado por ellas *(secundum alegata et probata).* En una palabra: el juez se encuentra vinculado a lo actuado por las tres en el expediente, tanto en lo que se refiere a las alegaciones como a la prueba, aunque en este último aspecto el principio sufre excepción a través de las denominadas diligencias "para mejor proveer" que cabe adoptar de oficio.

Oralidad - escritura. Se refieren ambos principios a las formas exteriores del proceso, al sustrato material a través del cual trascurre la individualización de la norma. Digamos, para comenzar, que en nuestro país el procedimiento es predominantemente escrito, casi exclusivamente escrito [30] y que este predominio abrumador de la forma más lenta, formalista, y mediata es otro de los defectos que se ha señalado a nuestros regímenes procesales. La campaña en pro de la oralidad del proceso civil, comenzada por Chiovenda en 1906, ha tenido en nuestro continente un amplio desarrollo doctrinario pero no se ha concretado en realizaciones efectivas.

30 Debe tenerse presente, sin embargo, que en el ámbito procesal civil, el principio de oralidad ha sido adoptado por el Código de La Rioja, y parcialmente, para la sustanciación de determinado tipo de controversias, por los códigos de Jujuy y Santa Fe. En materia laboral, asimismo, dicho principio rige en numerosas leyes provinciales. También en materia penal varias provincias han adoptado la oralidad.

La solución no puede ser total ni general. Es evidente que hay ciertos juicios que no se prestan a ser resueltos bajo la forma oral —p. ej., un juicio de reivindicación en que es menester estudiar cuidadosamente títulos de propiedad—; otros juicios, en cambio, requieren una celeridad que sólo la oralidad puede brindar —p. ej., un juicio de alimentos, las acciones posesorias, un juicio de accidente del trabajo, etc.—.

La oralidad, que cuenta en general con el apoyo de la mayoría de la doctrina, no ha hecho en la práctica grandes progresos. Los procedimientos orales, o las partes, orales de un procedimiento (p. ej., las audiencias), tienden a convertirse en escritos, quedando la oralidad como una ficción inútil. Es que, como lo ha destacado la doctrina, la oralidad no está constituida solamente con el predominio de la palabra hablada sobre la escrita. Junto con la palabra hablada son imprescindibles otras soluciones técnicas para que la oralidad sea viable: la *concentración* procesal, o sea la reunión en un breve espacio de tiempo de todos los actos necesarios para concluir el proceso; la *identidad del juez,* o sea que el mismo magistrado entienda en el proceso desde su comienzo hasta su conclusión; la *inapelabilidad de las interlocutorias,* es decir de las resoluciones parciales que va tomando el juez a lo largo del proceso. Deben ser inapelables, pues de lo contrario, al elevarse las actuaciones a la Cámara forzosamente se detiene el proceso y se dispersa el material de conocimiento.

Mediación: Inmediación. Este punto tiene conexión estrecha con el anterior en cuanto el procedimiento escrito es, en términos generales, de conocimiento mediato y, por el contrario, la oralidad acompaña a la inmediación. ¿Cómo conoce y cómo debe conocer el juez su material? ¿él mismo inmediatamente o mediatamente porque se lo refieren los terceros? Ya hemos transcripto en la nota 28, la opinión de Carnelutti que distingue órganos de *investigación* y órganos del *juicio,* párrafo que constituye todo un alegato en favor de la *mediación.* Nuestra opinión, y con ella la de la mayoría de la doctrina, es favorable a la *inmediación,* desgraciadamente ausente de la vida de nuestros tribunales. El juez, ocupado en dictar sentencia, en la generalidad de los casos no puede, materialmente, tomar las declaraciones de los testigos y conoce de ellas inmediatamente, a través del acta levantada por el secretario o, lo que es peor aún, por los empleados del juzgado.

No hemos agotado con esta breve reseña ni la enumeración [31] ni, desde luego, la teoría de los principios procesales. Consideramos, no obstante, que con lo dicho es suficiente, a los fines de esta introducción, para dar una idea general de la estructura del proceso de acuerdo con algunos principios fundamentales, entre los cuales indisputablemente el *dispositivo* ocupa el primer lugar.

[31] A título informativo reproducimos la enumeración de los diez principios fundamentales que presiden el proceso civil argentino según Podetti (PODETTI, J. R., *Teoría...*, cit.):

1) el *dispositivo,* de iniciativa e impulsión del procedimiento por las partes, al cual se vincula el subsidiario de *bilateralidad;*

2) el de *formalismo,* que sujeta a las partes y a los órganos de la jurisdicción a determinadas formas y da estabilidad a las resoluciones;

3) el de *escritura;*

4) el de *publicidad;*

5) el de *igualdad;*

6) el de *coactividad* o coercibilidad;

7) el de *celeridad,* del cual surgen los de *inmediación* y *concentración;*

8) el de *eventualidad;*

9) el de *economía;*

10) el de *moralidad.*

26.2. LEYES PROCESALES

Las leyes procesales son la fuente más importante de este Derecho. Comprenden tanto las de *organización de los tribunales* como las que establecen la *jurisdicción y competencia* de los mismos y, en fin, las que organizan el *procedimiento* propiamente dicho. Respecto de este último asunto se ha planteado la cuestión del poder (nacional o provincial) autorizado para dictar las normas del procedimiento.

Facultades del Congreso Nacional en la materia. El artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional de 1853, reformada en 1994, establece que *corresponde al Congreso dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería.* Se excluyó de la enumeración al código y leyes procesales los que, de acuerdo con la cláusula constitucional de que las provincias conservan todo el poder no delegado (art. 121), fueron dictados por las legislaturas de cada provincia.

El principio —de que la legislación procesal es local— no es, empero, absoluto, ya que es evidente que los denominados "códigos de fondo" pueden y deben contener algunas normas procesales, como, por ejemplo: las que contiene el Código Civil sobre la admisibilidad de ciertas pruebas, sobre la prueba en los contratos (arts. 1190-94), las que contiene el Código Penal sobre el ejercicio de las acciones (arts. 71-76). La opinión más autorizada —que ha obtenido la consagración de la Corte Suprema con el dictamen del procurador general Matienzo— es reconocer al Congreso nacional la facultad de dictar normas de procedimiento

en la medida necesaria para asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo [32].

26.2.1. Codificación del derecho procesal en la esfera nacional

El 16 de octubre de 1862 se sancionó la ley 27 sobre organización de los tribunales nacionales (federales) y el 14 de septiembre de 1863 otras dos leyes de excepcional importancia para nuestra materia: las leyes 48 y 50 sobre jurisdicción y competencia y sobre procedimiento de dichos tribunales nacionales (procedimiento federal).

La ley 50 —verdadero código de procedimiento de la justicia "federal"— fue proyectada por los miembros de la Corte Suprema, que acababa de ser organizada, quienes se inspiraron en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 [33].

La justicia ordinaria de la Capital Federal se rigió en la materia civil y comercial, desde 1880, por el Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, promulgado en esa fecha y que continuó aplicándose con carácter provisional después de la crisis política provocada por la cuestión Capital, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 312 de la ley 1114 de 1881. La ley 1114, que organizaba los tribunales de la Capital, fue reemplazada por la ley 1893 en el año 1896. En 1950 se dictó la ley 13.998 de organización de los tribunales nacionales, la que fue sustituida en 1958 por el decreto-ley 1285, de cuyo estudio nos ocuparemos más adelante.

El Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, adaptado luego para la Capital, tuvo origen en el proyecto presentado en 1868 —por encargo del Poder Ejecutivo— por el jurisconsulto José Domínguez, quien se basó para su redacción en la ley 50 y en las que sirvieron a ésta de fuente, es decir la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. El proyecto fue sancionado recién en 1878. En 1880, tras ser objeto de una revisión general por una comisión de juristas fue puesto en vigencia, y posteriormente modificado en forma parcial por las leyes 4128 y 14.237 y por el decreto-ley 23.398/56. En 1967, finalmente, una Comisión integrada por Lino Enrique Palacio, Carlos Alberto Ayarragaray, Néstor Domingo Cichero, Carlos José Colombo, María Luisa Anastasi de Walger y José Julián Carneiro elaboró un proyecto de *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, el cual fue promulgado por la ley 17.454 del 20 de septiembre de 1967 y entró en vigor el 1° de febrero de 1968. Dicho Código, que se haya actualmente en vigencia, con las reformas introducidas en 1981, derogó el Código de Procedimientos de la Capital Federal, la ley 50 y gran parte de la ley 11.924, de manera que se aplica a las causas que se sustancian ante los tribunales de la justicia federal de toda la República y nacional de la Capital en los fueros civil, comercial y especial en lo civil y comercial (ex justicia de paz).

En materia de procedimiento penal el Poder Ejecutivo, por decreto de 1882, encomendó a Manuel Obarrio y Emilio R. Coni la tarea de redactar un proyecto de código. Como el último de los nombrados renunciara, Obarrio dio cima a la tarea solo, presentando en junio del mismo año un erudito proyecto. Este proyecto fue sometido por el Poder Ejecutivo en 1883 a una comisión revisora, integrada por Filemón Posse, Juan E. Barra y Onésimo Leguizamón, la que se expidió al año siguiente. Elevado el proyecto así revisado al Congreso, fue objeto de modificaciones introducidas por la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados hasta que finalmente la ley 2372, de 1888, lo convirtió en la ley procesal aplicable por los tribunales federales y por los de la Capital y territorios nacionales.

Resumiendo sintéticamente la situación de nuestra legislación procesal, diremos que existen en la actualidad prácticamente tantos códigos de procedimientos como provincias, amén del nacional. El primer Congreso de Ciencias Procesales, reunido en Córdoba en 1939, resolvió que "es conveniente la unificación del procedimiento judicial civil y penal en todo el 'país'". Ante las disposiciones constitucionales y la interpretación prevalente de las mismas que hemos explicado más arriba, es evidente que la ansiada unificación podrá hacerse exclusivamente por la vía de *acuerdos interprovinciales* y no por imposición central. Con todo, es preciso no alarmarse en exceso por la aparente diversificación de nuestra legislación procesal, porque la mayoría de los códigos contienen disposiciones similares y en doce provincias rigen ordenamientos adaptados al Código nacional.

26.3. Jurisdicción y competencia

26.3.1. Jurisdicción

i) Concepto de la jurisdicción

La palabra jurisdicción se emplea en *diversas acepciones más o menos impropias*, derivadas todas ellas del concepto fundamental que ya hemos explicado en el 26.1.4. y sobre el que insistiremos aún. Convendrá, sin embargo, echar una breve ojeada sobre algunas de las acepciones más usuales.

[32] La Corte Suprema tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el punto al declarar la constitucionalidad de ciertas leyes que, como la de accidentes del trabajo, de arrendamientos agrícolas, prenda agraria y otras, si bien son complementarias de los códigos de fondo, contienen disposiciones procesales.

[33] Puede verse SARTORIO, José, *La Ley 50*, Buenos Aires, 1938.

1) Como sinónimo de circunscripción o distrito territorial. Se dice así que el pleito corresponde a la jurisdicción de la Capital, de una provincia, etcétera, es decir que se alude en realidad a la *competencia territorial.*

2) Se emplea también como sinónimo de *competencia ratione materiae,* para designar la capacidad concreta de un órgano para entender en un caso determinado. Se dice, por ejemplo, que el asunto corresponde a la jurisdicción civil o comercial, o del trabajo, etcétera.

Descartadas estas acepciones derivadas y en cierto sentido impropias de la palabra volvamos a ocuparnos de la *jurisdicción en sentido propio o facultad de administrar justicia.*

Hemos dado ya el concepto de jurisdicción en el 26.1.4. La etimología latina de la palabra *(iuris dictio),* que hace referencia a la "dicción" o *enunciación* del derecho que rige el caso concreto, nos ayuda también a encontrar la nota esencial de la definición: la *aplicación* del Derecho a los casos individuales, la *creación de la norma individual.* Hemos advertido también el proceso histórico a través del cual la jurisdicción deviene una función exclusiva del Estado: prohibiendo la violencia privada, el Estado detenta y monopoliza la solución de los conflictos individuales estableciendo ("diciendo") el Derecho que rige el caso y aplicándolo coactivamente en caso de oposición. De este modo advertimos que se puede definir la *jurisdicción como la función estatal a través de la cual se determina el sentido jurídico de los casos individuales o concretos.* O, dicho en otros términos, *la función del Estado a través de la cual se crea la norma individual,* es decir la norma que rige *el caso concreto* [34].

[34] Definida de este modo la *jurisdicción* como función estatal de determinar el derecho que rige al caso concreto —creación de norma individual— se opone a ella *la legislación* como función de crear la norma general o abstracta. No caben ni son concebibles otras funciones *jurídicas* del Estado, ya que no caben terceras posibilidades en esa alternativa: o la norma está referida a casos individuales (norma individual) o está referida a situaciones determinadas sólo genéricamente (norma general).

Históricamente, sin embargo, la "división de poderes", según el conocido esquema de Montesquieu, es tripartita: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo (o administrador) y Poder Judicial. Esta división no puede, pues, coincidir con la del párrafo anterior y, en efecto, tanto el poder administrador como el poder judicial *aplican la ley* (norma general) a los casos concretos, es decir, ejercen lo que hemos definido como *jurisdicción.* El primero aplica a los casos concretos ocurrentes las normas sustanciales del derecho administrativo; el segundo las del derecho civil, comercial y penal. La administración, no cabe dudarlo, ejerce también funciones *jurisdiccionales,* en un todo semejantes a las que se consideran propias del Poder Judicial. Los autores admiten que la denominada "administración indirecta" es, en realidad, una forma de la jurisdicción (v. Cap. 24, *Derecho administrativo*).

La doctrina tradicional no acepta estos conceptos de la moderna teoría general y al rechazar la noción de norma individual —viendo el Derecho en la ley— define la jurisdicción como la función del Estado o poder público de "aplicar la ley a los casos concretos", "resolver con arreglo o derecho de pleitos", "actuar la voluntad concreta de la ley", etcétera [35]. Así, según Caravantes, la jurisdicción es la potestad pública de que se encuentran investidos los jueces de conocer en los pleitos y fallarlos con arreglo a Derecho. Según Alsina, es "la potestad conferida por el Estado determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir las propias resoluciones" [36].

ii) Divisiones de la jurisdicción

1) *Voluntaria y contenciosa.* La jurisdicción se divide en *voluntaria y contenciosa.* A partir de ciertos ejemplos del derecho civil —que son por cierto los más comunes— se definió frecuentemente la jurisdicción en relación al *pleito, litigio, conflicto de intereses, litis o desacuerdo de partes;* pues efectivamente, en dichos casos, mediante el acuerdo de los interesados nada tiene que hacer la jurisdicción estatal. Sin embargo, hay ciertos casos en que se requiere la intervención del juez sin que medie en

[35] Las definiciones de la jurisdicción —estructuradas diversamente según las concepciones de los diferentes autores— deben recoger los siguientes elementos:

1) función (monopolio) del Estado, poder público, etc.;
2) normativa (aplicación, actuación, etc. de la ley, el Derecho);
3) caso individual (asunto, litigio, pleito, caso, etc.);
4) coerción (posibilidad coactiva de hacer cumplir la sentencia).

La nota *específica* es aludida en el punto tercero, siendo genéricas a toda creación normativa las demás. De aquí que la definición más simple *per genus et diferentiam* podría rezar: jurisdicción es la normación individual. O, explicitada: *la función estatal de crear normas jurídicas individuales.*

Partiendo de otros conceptos —principalmente del *pleito* o *litigio*— se suelen señalar en la jurisdicción los siguientes elementos:

1) *notio* (facultad de conocer en una cuestión litigiosa);
2) *vocatio* (facultad de obligar a las partes a comparecer a juicio).
3) *coertio* (empleo de la fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del juicio);
4) *iudicium* (facultad de dictar sentencia);
5) *executio* (imperio para la ejecución de las resoluciones mediante el auxilio de la fuerza pública).

Entendemos que en estos "elementos" tradicionales se han reunido algunos necesarios *(iudicium y executio)* con otros *dependientes* del orden jurídico positivo, por lo que los mencionamos a puro título informativo.

[36] ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* T. II, 2ª ed., Buenos Aires, pág. 418.

realidad conflicto de intereses ni disputa entre partes. Se solicita la intervención del juez para realizar válidamente ciertos actos dando formas especialmente solemnes y públicas a la constitución de determinadas situaciones de Derecho que producen consecuencias muy importantes [37]. Lo cierto es que la admisión de esta *jurisdicción voluntaria* pone en jaque la definición de jurisdicción fundada en el concepto de *litis* o conflicto de intereses y las concepciones procesales informadas por ese criterio, aunque se pretenda desvalorizar la objeción diciendo que se trata de jurisdicción "impropia" y que el verdadero sentido de la jurisdicción es el contencioso.

2) *Seudojurisdicciones especiales.* Junto a la jurisdicción ordinaria de los tribunales comunes se habla de la *jurisdicción militar* y de la *jurisdicción eclesiástica.* Hay en ello un error de concepto. Si se acepta que todo poder jurídico emana del Estado no puede, evidentemente, haber otro poder jurídico independiente de él y que le dispute el conocimiento de los *casos.* Se trata, en rigor, de un tema de *competencia.*

3) *Jurisdicción federal (nacional) y provincial.* Si se acepta en derecho político o constitucional la doctrina de que un Estado federal, como el nuestro por ejemplo, es un conglomerado de Estados, puede hablarse de estas "jurisdicciones". Si, por el contrario, se sostiene la unidad del Estado, el problema deriva a una cuestión de competencia.

4) *Administrativa y judicial.* Hemos dicho más arriba que la función jurisdiccional puede ser ejercida por órganos pertenecientes al Poder Judicial o por órganos pertenecientes al poder administrativo. Ello ocurre tanto con la jurisdicción contenciosa como con la voluntaria. Según la jurisdicción sea ejercida por órganos de uno u otro poder se divide la jurisdicción en *judicial y administrativa.*

[37] El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contempla específicamente, como procedimientos de jurisdicción voluntaria, los referentes a la autorización para contraer matrimonio (arts. 801 y 802), al nombramiento de tutores y curadores y discernimiento del cargo respectivo (arts. 803 y 804), a la copia y renovación de títulos (arts. 805 y 806), a la autorización para comparecer en juicio y ejercer actos jurídicos (art. 807), al examen de los libros por el socio (art. 808) y al reconocimiento adquisición y venta de mercaderías (arts. 809 y 811). Pero pese a hallarse reglamentos en otros títulos del citado Código, cabe incluir entre este tipo de procedimientos a los sucesorios y de mensura (PALACIO, Lino, *Derecho Procesal Civil,* T. I, 2ª ed., Buenos Aires, pág. 302).

5) *Jurisdicción propia y delegada.* La jurisdicción propia es la que ejerce el juez competente al entender en un caso. Delegada es la que ejerce, por encargo del primero, otro juez, dentro de su competencia territorial y en relación al mismo asunto. Por ejemplo: si un juez de Tucumán procede a interrogar a un testigo residente en dicha provincia, diligencia que realiza a *exhorto* del juez de igual jerarquía de la Capital ante el cual se encuentra radicado el juicio.

26.3.2. Competencia

Al *Estado* —y si se quiere al Poder Judicial— corresponde la *jurisdicción* en general; al *órgano* en particular —el juez y el tribunal determinado— corresponde la *competencia* para entender en ciertos asuntos. *El órgano* es, por lo tanto —por delegación estatal—, *el titular de la jurisdicción en los límites de su competencia.* La competencia tiene, pues, una relación de la parte al todo con la jurisdicción: ésta se encuentra distribuida entre los diversos órganos del Estado.

Puede definirse, por lo tanto, la competencia como la *"medida de los poderes de la jurisdicción"* (Namur) o mejor aún, como "la capacidad reconocida a ciertos jueces para ejercer jurisdicción en ciertos casos" (Lascano); o como "la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado" (Alsina) [38].

Puede concebirse un juez único que ejercería toda la jurisdicción del Estado; su potestad se ejercería sobre todo el territorio, sobre toda clase de asuntos y sobre todos los individuos [39], pero ella resulta de realización imposible. Se hace entonces necesario *distribuir la jurisdicción entre diversos magistrados, limitando su competencia:*

1) *A determinado territorio* (las personas se encuentran sometidas, en principio, al juez de su domicilio y las cosas al lugar de su situación. Se habla de competencia *ratione personae* y de competencia *ratione loci,* correspondientes a las acciones personales y reales, respectivamente);

2) *A determinados procesos* según su naturaleza (separando en primer término los civiles de los penales y más tarde los de carácter comercial, etc. Es la competencia *ratione materiae*).

[38] LASCANO, David, *Jurisdicción y Competencia,* Buenos Aires, 1941, 7; ALSINA, H., *Tratado...,* cit., T. II, pág. 512.

[39] Quizá el jefe de una pequeña comunidad (tribu o banda nómade, p. ej.) se encuentre en condiciones semejantes a las de esta hipótesis didáctica favorita de los autores.

3) *En razón de la cuantía del juicio* (no es razonable que los juicios pequeños —justicia de paz, contravenciones— se sustancien con las mismas formalidades y detenimiento que aquellos en que se ventilan cuestiones más importantes);

4) *En razón del grado* (cuando la misma es estudiada sucesivamente por dos tribunales, encargados los superiores de rever las decisiones de los inferiores para confirmarlas o revocarlas);

5) *En razón del turno* (cuando la división del trabajo hace que se fijen determinados días para que un juzgado reciba causas nuevas).

La incompetencia de un tribunal para entender en una causa puede ser *absoluta o relativa.* La incompetencia absoluta puede y debe ser declarada de oficio por el juez al presentarse la demanda. Es absoluta la incompetencia *ratione materiae* y también las que se refieren a la cuantía del juicio, al grado y al turno. Todas ellas están fundadas en una división de funciones que afecta al *orden público* y no son, por lo tanto, modificables por las partes ni por el juez. La competencia territorial, en cambio *(ratione personae vel loci)* está establecida en interés de los particulares. Es por lo tanto renunciable —se trata de un caso de incompetencia *relativa*—. La renuncia, que se denomina *prórroga de la competencia* admitida por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1° puede ser expresa y aun tácita, resultando en este caso de la falta de oposición de la respectiva *excepción de incompetencia.* El juez, por lo tanto, no puede declararla de oficio y no puede hacerse valer por el interesado fuera de la oportunidad destinada a ese efecto por la ley procesal.

Expuestas de este modo las nociones de jurisdicción y competencia y los criterios de división de esta última, dejaremos para el próximo parágrafo la exposición de las modalidades concretas que adoptan en nuestro derecho positivo.

26.4. Noción de la organización judicial

En las sociedades primitivas la justicia era administrada por el damnificado, quien ejercía la autodefensa o exigía de su propia mano la indemnización debida, de acuerdo con la costumbre general. Más tarde se delegó en los jefes o patriarcas la ejecución de las sanciones y el fallo de los conflictos.

En la Roma real primitiva se concentra todo el poder en una mano; más tarde, en la República, se distribuye entre diversos magistrados, correspondiendo a unos el mando militar y civil y a otros el fallo de los juicios; con el Imperio, en fin, vuelve a concentrarse el poder, los jueces fallan en nombre del soberano quien tiene, no obstante la distribución de tareas, la facultad de

abocarse al conocimiento de los procesos. En la Edad Moderna el sistema es en todo semejante: el soberano absoluto reúne en su persona todos los poderes, la diversidad de órganos no es sino una distribución de tareas materiales necesarias, pero no implica independencia ya que los funcionarios están subordinados jerárquicamente al monarca [40].

Contra este estado de cosas reaccionó Montesquieu quien, fundándose en parte en la observación de las instituciones inglesas, sentó las bases de la división tripartita de poderes como garantía contra la tiranía [41]. Sus ideas hicieron cuerpo en el pensamiento de los revolucionarios de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX y fueron introducidas en las constituciones que se dictaron en casi todos los países a su influjo. Entre nosotros el principio de la división de poderes fue sustentado —al menos en teoría— por nuestros primeros movimientos revolucionarios [42]. En el Reglamento de octubre de 1811 se dividen los poderes del naciente Estado en Legislativo, Ejecutivo y Judiciario y se declara a este último "independiente", tocándole sólo a él "juzgar a los ciudadanos" [43].

Puede decirse que sólo en América se ha realizado plenamente el ideal de independencia y autonomía del Poder Judicial, ya que, siguiendo el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos, se atribuye a este poder jerarquía constitucional —en Francia y otros países europeos es una simple rama del poder administrativo [44] y no se admite que pueda negarse a aplicar una ley o reglamento contrarios a la Constitución—. En estas dos circunstancias estriba el carácter definitorio del Poder Judicial en nuestras instituciones.

[40] Todavía en Inglaterra se administra justicia en nombre del Rey. En Francia, durante el Antiguo régimen, los parlamentos (o Cortes de Justicia) y en particular el Parlamento de París, lucharon en vano contra el absolutismo de Luis XIV y sus sucesores.

[41] MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes,* T. I, Garnier Hnos., Paris, págs. 224-225.

[42] Cfr. ESTRADA, José M., *Curso de Derecho Constitucional,* T. II, Buenos Aires, 1902, pág. 45.

[43] Sec. III, art. 2°, citado por PODETTI, J. R., *Trilogía...*, cit., pág. 12. Sostiene sin embargo, Alsina, que fue recién el Reglamento de Justicia del 3 de diciembre de 1817 el que sentó las bases fundamentales de la independencia del Poder Judicial al separarlo del Ejecutivo. Con anterioridad (1811) la misma Junta Superior Gubernativa actuaba como tribunal de alzada en los recursos de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria y el Reglamento de Justicia de 1812 acordaba un recurso de apelación para ante el gobernador de la provincia (ALSINA, H., *Tratado...*, cit., T. II, pág. 20).

[44] ALSINA, H., *Tratado...*, cit.

26.4.1. Jerarquía constitucional

La Constitución Nacional enuncia en su Preámbulo el propósito de "afianzar la justicia". Establece indirectamente la jerarquía constitucional de los poderes judiciales provinciales en su artículo 5° y, por sobre todo, instituye en su segunda parte, sección tercera (arts. 108 y sigs.) el *Poder Judicial de la Nación,* estableciendo la *independencia e inamovilidad* de los magistrados que lo integran [45].

26.4.2. Facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas sancionados por los otros poderes

Esta facultad no está expresamente establecida en nuestra Constitución ni en la de los Estados Unidos, pero tanto en aquel país como en el nuestro se entiende que ella surge de la norma que establece la *supremacía de la Constitución y de las leyes que en su consecuencia se dicten* [46] sobre las normas que se opongan a ella.

En dos situaciones la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha introducido, por vía jurisprudencial, modificaciones sustanciales en el derecho argentino, al margen de toda sanción legislativa. En ambas situaciones se reafirma la doctrina de la revisión judicial de constitucionalidad y el amparo a los derechos individuales constitucionales. Aludidos a: 1) la admisión del recurso extraordinario por sentencia arbitraria; y 2) la admisión de la acción de amparo:

1) *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria.* No obstante la norma expresa según la cual pertenece a los tribunales de provincia pronunciarse en última instancia sobre las materias legisladas por los códigos de fondo (Const. Nac., art. 75, inc. 12 *in fine*) hace tiempo la Corte ha introducido una distinción entre las sentencias ordinarias de los tribunales provinciales, dividiéndolas en *no arbitrarias y arbitrarias,* y se ha declarado competente para entender como tribunal de tercera instancia sobre las últimas. La Corte entendió que existe arbitrariedad por ejemplo, cuando la sentencia no decide cuestiones planteadas por las partes, cuando prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, cuando aplica una norma derogada o no vigente, cuando se prescinde de prueba decisiva, o invoca prueba inexistente, o incurre en excesos rituales o en autocontradicción, etcétera.

2) *Acción de amparo.* De acuerdo con una inveterada jurisprudencia, si bien los atentados a la libertad corporal daban margen a una protección judicial rápida y expeditiva —el *hábeas corpus* previsto por la Constitución— la protección de los demás derechos y garantías fundamentales de las personas sólo podían lograrse mediante el trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales.

En 1957 y 1958 en los sonados casos "Siri, Ángel" (*L.L.,* 89-532), "Kot, Samuel" (*L.L.,* 92-696), la Corte Suprema modificó una tradicional jurisprudencia, reconociendo la procedencia de una acción de amparo a fin de obtener en una forma rápida, expeditiva, similar al *hábeas corpus,* la protección efectiva de todos los aspectos de la libertad (de trabajo, propiedad, libre actividad, etc.), no protegidos por este último remedio.

Estos dos vuelcos jurisprudenciales constituyen, por su importancia institucional, ejemplos insuperables para la mostración del alcance creador de normas generales que cabe reconocer a la jurisprudencia: en ambas situaciones, sin que se produjera sanción legislativa alguna, se modificó sustancialmente, por vía judicial, el derecho vigente.

Interesa también destacar que, en el citado caso "Kot", la mayoría del alto tribunal puntualizó en forma expresa que la interpretación de las leyes no puede agotarse en la reconstrucción del pensamiento psicológico de sus autores [47].

[45] Constitución Nacional:

Art. 123. *Cada provincia dictará su propia constitución conforme a lo dispuesto por el art. 5°...*

Art. 108. *El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.*

Art. 109. *En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.*

Art. 110. *Los jueces de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley y que no podrá ser disminuida, en manera alguna, mientras permanezcan en sus funciones.*

[46] Ver Cap. 24.

[47] Por ley 16.986, de 1966, ha sido específicamente instituida y reglada la *acción de amparo,* con relación a los casos en que se imputen excesos a la administración pública. Pero de ello no debe necesariamente inferirse que la sanción de esa ley importa suprimir el amparo en los casos en que el abuso emane de personas o entes no estatales. En estos supuestos se pude sostener su viabilidad, con base en la preexistente construcción jurisprudencial, toda vez que se encuentren reunidos los requisitos exigidos por la misma (cfr. Cám. Nac. de Paz, en *L.L.,* 20-II-1967, fallo 57.406). Cabe añadir que el amparo contra actos emanados de particulares se halla explícitamente contemplado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 321, inc. 1°), el que entró en vigor con posterioridad a la fecha del fallo mencionado. Por ley 23.048 se reguló el caso especial del *hábeas corpus.*

Sentado en términos generales el carácter constitucional del Poder Judicial de la Nación, corresponde ahora que hagamos una reseña de nuestra organización judicial según los diversos fueros, competencias, etcétera. Para ello será conveniente retener los conceptos expuestos en el párrafo anterior sobre jurisdicción y competencia.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 incorporó, entre los Nuevos Derechos y Garantías el de la acción de amparo.

El nuevo artículo 43 de la Constitución prevé este importante recurso de la siguiente forma:

Artículo 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registro o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus *podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.*

26.5. JUSTICIA NACIONAL Y PROVINCIAL (FEDERAL Y ORDINARIA)

Según establece nuestra Constitución, la Nación Argentina constituye un Estado federal (art. 1°). La norma constitucional no surge del arbitrio de los constituyentes sino que viene impuesta por nuestra historia. Efectivamente, las provincias argentinas —si bien unidas por el sentimiento de la nacionalidad y el destino común de un pueblo— jurídicamente gozaron de plena autonomía y más aún, se condujeron de hecho como Estados soberanos durante un largo período de nuestra historia. Se hicieron entre ellas la guerra, firmaron diversos pactos y alianzas de Estado a Estado, de igualdad de condiciones, etcétera [48].

De dicha situación surgió la unidad nacional: las provincias autónomas pactaron de igual a igual la unidad nacional. Se reunió así la Convención Constituyente y por su intermedio las provincias que detentaban todo el poder lo delegaron en el gobierno federal en la medida que lo establece la misma Constitución, conservando todo el poder no delegado [49].

Según la teoría política tradicional existen en la Nación Argentina dos fuentes de poder. Si se sostiene —de acuerdo con la forma democrática de gobierno— que el pueblo es el soberano, es necesario admitir que el pueblo juega simultáneamente dos papeles: como pueblo de la Nación y como pueblo de las provincias. Si se sostiene que toda norma jurídica proviene del Estado, es necesario convenir que existen dos fuentes o dos tipos de Estado: la Nación y las provincias. Cada provincia, en efecto, dicta para sí su propia Constitución y se da sus propias instituciones y elige sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios [50]. En un Estado federal, por consiguiente, el territorio se encuentra subdividido en pequeños "Estados" que lo integran. Existe una descentralización de base territorial. Las autoridades locales tienen su competencia delimitada al territorio en cuestión, en tanto que las autoridades nacionales ejercen su potestad en todo el territorio nacional. La esfera material de competencia —tanto de las autoridades nacionales como provinciales— se encuentra delimitada por la Constitución.

De lo explicado resulta que *en todo el territorio de las provincias coexisten dos potestades: la nacional y la provincial.* En la ciudad de San

[48] Aún hoy pueden leerse en la Constitución Nacional varias referencias a pactos y tratados —en especial con relación a la provincia de Buenos Aires— que denotan la soberanía provincial preexistente.

[49] Constitución Nacional: art. 121: *Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*

[50] Const. Nac., arts. 122 y 123.

Art. 122. *(Las provincias). Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal.*

Art. 123. *Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 5°...*

Luis, para citar un ejemplo, debe cumplirse tanto el Código Penal (ley nacional) como la Constitución provincial o una ley local de faltas.

Lo que ocurre en general con la autoridad, ocurre en particular con el Poder Judicial que aquí nos interesa. Hay un Poder Judicial de la Nación y existen además los diversos poderes judiciales de cada una de las provincias. Sobre cada palmo de territorio provincial tienen competencia *territorial* ambos órdenes de jueces, los nacionales y los provinciales [51]. Pero tienen diversa competencia *material:* a los *tribunales de provincia* corresponde, en principio, conocer y decidir en todas las causas que versen sobre puntos regidos por las normas locales (constituciones y leyes locales) y también de los regidos por los códigos civil, de comercio, penal, minería y de trabajo y de seguridad social (leyes nacionales); a los *tribunales de la Nación* corresponde en cambio, en principio, conocer y decidir en los casos regidos por leyes nacionales (con la excepción de los mencionados códigos) [52].

[51] "El lector europeo quizá se pregunte si es posible que funcione un sistema tan sumamente complejo bajo el cual cada yarda del terreno de la Unión está cubierta por dos jurisdicciones, con dos clases de jueces y dos clases de funcionarios responsables ante superiores distintos, con sus dos esferas de acción, divididas solamente por una línea ideal y su acción sujeta en la práctica a contradecirse. La respuesta es que el sistema funciona y que hoy, después de una práctica de más de cuatro generaciones, funciona suavemente. Es más costoso que los sistemas más sencillos de Francia, Prusia e Inglaterra... Pero lleva a pocos conflictos y resquemores porque la clave de todas las dificultades se halla en el principio de que *toda vez que la ley federal es aplicable, la ley debe primar* y que *todo litigante que sostiene que la ley federal es aplicable tiene derecho a que se decida el punto por un tribunal federal*" (BRYCE, *La République Americaine*, T. I, pág. 351; citado por ALSINA, H., *Tratado...*, cit., T. II, pág. 496 [la bastardilla es nuestra]).

[52] El punto está regido por los arts. 116 y 75, inc. 12 de la Const. Nac. El art. 116 establece la *competencia federal,* que tiene carácter *excepcional;* los tribunales provinciales son, así, competentes para entender en toda clase de asuntos, salvo los enumerados en dicho artículo. Lo que se dice en el texto no es, por lo tanto, rigurosamente exacto, sino solamente una síntesis aproximada.

Const. Nac., art. 116. *Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución; por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75, y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros plenipotenciarios y cónsules extranjeros; de las de almirantazgo y jurisdicción marítima, de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias, entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias y entre una provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadanos extranjeros.*

Const. Nac., art. 75 (atribuciones del Congreso), inc. 12. *Dictar los códigos... sin que tales códigos alteren las jurisdiccione locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...*

Téngase presente, asimismo, los siguientes incisos del citado art. 75 de la Constitución:

Tal la doble jurisdicción existente en todo el territorio de las provincias. Pero hay en la República un territorio que no corresponde a las provincias: la Capital Federal que hoy constituye una ciudad con "gobierno autónomo", el cual tiene "facultades propias de legislación y jurisdicción" y elige su "jefe de gobierno" de acuerdo al artículo 129 de la Constitución Nacional, reformada en 1994. En términos estrictos, la ciudad de Buenos Aires no es una provincia más, pero tiene la autonomía política señalada [53].

26.6. PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

El Poder Judicial de la Nación fue reorganizado en 1958 por el decreto-ley 1285. En su artículo 1°, modificado por decreto-ley 6407/63 y ley 23.775, establece: *El Poder Judicial de la Nación será ejercido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales nacionales de la Capital Federal y los tribunales nacionales con asiento en las provincias y la Cámara Nacional Electoral, con jurisdicción en todo el territorio de la República.*

Los jueces de la Nación son nombrados por el presidente de la Nación con acuerdo del Senado (art. 2°); recibirán por su servicio una compensación que determinará la ley y que no podrá ser disminuida en manera alguna mientras permanezcan en sus funciones (art. 2°; Const. Nac., art. 110); son inamovibles y conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta (art. 3°; Const. Nac., art. 110); se establecen también condiciones de nacionalidad, título y edad (arts. 4°, 5° y 6°), juramento, incompatibilidades y residencia (arts. 7°, 8°, 9° y 10).

26.6.1. Corte Suprema de Justicia

Está compuesta por nueve jueces (y un procurador general, aunque éste no forma en verdad parte del tribunal sino que representa al Ministerio Público Fiscal ante el mismo). La Corte tiene su asiento en la Capital Federal, designa su presidente y dicta su reglamento; ejerce superinten-

Inc. 15. *Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales que quedan fuera de los límites que se asignen a las provincias.*

Inc. 30. *Ejercer una legislación exclusiva sobre todo el territorio de la Capital de la Nación.*

[53] Anteriormente se diferenciaba: 1°) *la justicia federal,* cuya competencia surgía directamente del art. 100, Const. Nac., que fue organizada por la ley 27, de octubre de 1862; 2°) *la justicia de los territorios nacionales* —organizada en lo federal, creada en 1881 por ley 144 como consecuencia de la federalización de Buenos Aires, ocurrida el año anterior—, hoy ya no existen "territorios nacionales", y la ciudad de Buenos Aires reclama que los jueces "nacionales" sean transferidos a su ámbito.

dencia sobre todos los tribunales de la Nación. Toma sus decisiones por mayoría absoluta de los jueces que la integran.

Competencia:
La Corte Suprema conoce:

1°. *Originaria y exclusivamente,* en todos los asuntos que versen entre dos o más provincias y los civiles entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una provincia y un Estado extranjero; de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia.

2°. *Por recurso extraordinario,* en los casos del artículo 14 de la ley 48 y 6°, de la ley 4055.

El recurso extraordinario es el medio procesal más importante y de más fecundos resultados en nuestras instituciones, destinado a hacer efectiva la primacía de la Constitución y de las leyes dictadas por el Congreso nacional en su consecuencia, es decir de hacer efectiva la norma consagrada en el artículo 31 de la Constitución Nacional que ya hemos estudiado [54].

[54] Ver notas 46, 51 y 52. Mediante el recurso extraordinario se realiza en nuestro país el principio formulado por Bryce en la última parte del párrafo allí transcrito: el litigante que se considera amparado por la ley federal —exclusión del derecho común contenido en los códigos del art. 75, inc. 12, Const.— puede, por medio del recurso extraordinario, llegar al más alto tribunal de la Nación para que decida el punto. La ley 4055 en su artículo 6° extendió el recurso extraordinario a las sentencias pronunciadas por las cámaras federales de apelación, por las cámaras de la Capital y los tribunales superiores militares. Mediante el recurso extraordinario se encomienda, por lo tanto, a la Corte Suprema de Justicia la realización práctica de la doctrina de la supremacía de la Constitución y de las leyes dictadas por el Congreso Nacional en su consecuencia (art. 31, Const. Nac.). Veamos, pues, el recurso establecido en el art. 14 de la ley 48.

Ley 48, art. 14. "Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

"1°. Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez.

"2°. Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión, bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los tratados o leyes del Congreso y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3°. *En los recursos de revisión* referidos por los artículos 2° y 4° de la ley 4055, y en el de *aclaratoria* de sus propias resoluciones.

4°. *En los recursos directos por apelación denegada.*

5°. *En los recursos de queja* por retardo de justicia en contra de las cámaras nacionales de apelaciones.

6°. Por apelación ordinaria de las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones en algunos casos.

7°. *De las cuestiones de competencia* y de los conflictos que en juicio se planteen entre jueces y tribunales del país que no tengan un órgano superior jerárquico común que deba resolverlo. Decidirá asimismo sobre el juez competente en los casos en que su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia.

La competencia territorial de la Corte Suprema se extiende a todo el territorio de la Nación, si bien sólo puede entender en las causas y bajo las formas y condiciones de la enumeración precedente.

26.6.2. Jurisdicción de la Corte "per saltum"

26.6.2.1. La avocación "per saltum"

La avocación *per saltum* designa la posibilidad de un tribunal superior, en nuestro caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de intervenir, de oficio o a pedido de parte, en el conocimiento de causas judiciales salteándose las etapas normales de intervención de los tribunales de primera o segunda instancia.

Si esta intervención es requerida mediante la interposición de un recurso, se está frente a una "apelación *per saltum*".

En el caso que se comenta, y que alteró una larga y pacífica jurisprudencia de la propia Corte, el alto tribunal intervino en una causa que tramitaba en un juzgado de primera instancia aun antes de que éste dictara sentencia y posteriormente "salteó" la necesaria intervención de la Cámara Federal [55].

"3°. Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución de un tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional, haya sido cuestionada, y la decisión haya sido contra la validez del título, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio".

[55] Sobre este tema debe conocerse el importante trabajo de CARRIÓ, Alejandro - GARAY, Alberto, "La jurisdicción *per saltum* de la Corte Suprema. Su estudio a partir del

El fundamento del alto tribunal para su primera decisión fue la existencia de "...cuestiones federales que exhiban inequívocas y extraordinarias circunstancias de gravedad...", agregando en su sentencia que con el caso planteado se produjo "...una inmotivada interferencia en la marcha de los negocios públicos de evidente importancia y repercusión político-económica que, de conformidad con los numerosos precedentes jurisprudenciales, configura un caso de gravedad institucional...".

26.6.2.2. La jurisdicción de la Corte Suprema antes de este caso

La jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que desde el caso "Sojo" (1863), había quedado clara y firmemente delimitada por una recta interpretación de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional excluía toda intervención del alto tribunal que no se ajustara a la letra de la Constitución y a lo dispuesto por las leyes 48 y 4055.

El artículo 116 de la Constitución Nacional regula la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación, y el 117 dispone que "...la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso..." salvo en los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuere parte, en los cuales conoce originaria y exclusivamente.

El Congreso reglamentó esa competencia mediante las leyes 48 (1863) y 4055 (1902) y desde entonces el criterio del artículo 117 de la Constitución Nacional era estrictamente respetado: salvo en los casos excepcionales previstos en el artículo 116 de la Constitución y los transitorios pendientes previstos en la ley 4055, la Corte Suprema sólo conocía por vía de apelación, mediante el recurso extraordinario, de las sentencias definitivas de las cámaras federales.

26.6.2.3. El caso "Aerolíneas" y su tramitación

El caso "Aerolíneas" nace con la demanda de amparo interpuesta por el diputado nacional Moisés Fontenla mediante la cual se objetaba la privatización de Aerolíneas Argentinas. La inminente apertura de sobres de ofertas hacía necesario, según el recurrente, actuar a través de la vía del amparo.

El juez requirió al Ministerio de Obras y Servicios Públicos el informe que prevé la ley de amparo y el ministro Dromi no sólo lo respondió en término sino que, además, el mismo día presentó un escrito en la Secretaría de Superintendencia de la Corte Suprema pidiendo la avocación —*per*

caso Aerolíneas Argentinas", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991; Igualmente SAGÜÉS, Néstor P., "Constitucionalidad de la apelación *per saltum*", *L.L.*, 1989-B-318.

saltum— del alto tribunal al conocimiento del caso, no obstante que el mismo aún estaba pendiente de decisión en primera instancia. También el mismo día la Corte, por intermedio de uno de sus integrantes, requirió, mediante oficio al Juzgado, la remisión del expediente.

Al día siguiente el juez dictó sentencia haciendo lugar a la demanda y remitió el expediente a la Suprema Corte. El ministro se presentó nuevamente ante el alto tribunal "apelando" la decisión de primera instancia. Esta apelación presentada directamente ante la Corte, en lugar de hacerse ante el tribunal que dictó la sentencia, contrariaba al artículo 257 del Código Procesal y la propia jurisprudencia de la Corte al respecto. No obstante el mismo día la Corte Suprema lo tuvo por bien presentado, habilitó horas inhábiles para su tramitación, estudió el expediente, deliberó y resolvió aceptar la avocación requerida y suspender los efectos de la decisión del juez de primera instancia.

Cuarenta días más tarde la Corte dictó su sentencia revocando la decisión del juez e instaurando en forma rápida y novedosa el *per saltum* en nuestro Derecho.

No ha quedado muy en claro si se trata de una avocación o una apelación, por cuanto el ministro Dromi primero pidió la avocación del tribunal y de inmediato presentó un recurso de apelación. Si bien la sentencia de la Corte no es explícita en lo relativo a si aceptó avocarse, o si concedió la apelación, el hecho de haberse corrido un traslado al actor nos lleva a concluir que concedió la apelación; aunque su intervención previa al dictado de la sentencia de primera instancia permitiría pensar lo contrario.

La diferencia tiene su importancia práctica por ser diferente la tramitación procesal en uno y otro caso.

26.6.2.4. Los antecedentes: el "writ of certiorari" y el caso "Margarita Belén"

En el derecho norteamericano existe el recurso llamado *writ of certiorari* por el cual se puede requerir la intervención de la Corte Suprema antes de la decisión de la respectiva cámara de apelaciones.

Si bien nuestro alto tribunal invocó profusamente esta institución norteamericana para fundamentar su intervención en el caso "Aerolíneas", lo cierto es que hay por lo menos dos grandes diferencias entre el *certiorari* en los Estados Unidos y el *per saltum* establecido por la Corte.

En primer lugar, el *writ of certiorari* está contemplado en el Código Judicial de los Estados Unidos y en las Reglas Generales dictadas por la Corte, por lo cual no ha nacido por vía de una pura creación pretoriana contraria a la letra de la Constitución, a la ley y a la larga y pacífica jurisprudencia del propio tribunal.

En segundo lugar, el *certiorari* requiere que exista una decisión de primera instancia apelada ante la propia Cámara de Apelaciones. Hemos visto que nuestra Corte intervino antes de existir sentencia de primera instancia y aceptó que la apelación se interpusiera ante sí misma. El "salto" producido en nuestro caso es significativamente mayor.

Es de señalar que la propia Corte había desestimado en 1988 la posibilidad de avocarse —*per saltum*— al conocimiento de causas "sin la previa intervención del tribunal competente para ello".

En efecto, en septiembre de 1988 llegó a la Corte por razones de competencia la causa "Margarita Belén" en la cual se investigaba la muerte de detenidos mientras eran trasladados por fuerzas militares en 1976. En esa oportunidad la Corte dijo: "No existe ningún precedente posterior a 'Sojo' en el cual se haya aceptado que el tribunal ejerza su jurisdicción originaria más allá de los límites impuestos por la Constitución y las leyes, pues ello hubiera significado una clara intromisión en las legítimas facultades de los tribunales inferiores...".

Ése fue el criterio mayoritario de entonces, contrario a la avocación *per saltum,* con la única disidencia del ministro Petracchi quien sostuvo en minoría: "...la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar su intervención (de la Corte) superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional confiado a ella..." [56].

26.6.3. Tribunales nacionales de la Capital Federal. En la Capital de la República todos los tribunales tienen el mismo carácter "nacional"

Su competencia territorial se circunscribe a la Capital Federal, pero entienden en todos los asuntos que se susciten en ella.

26.7. CARACTERES DEL PROCEDIMIENTO SEGÚN LOS DISTINTOS FUEROS

En forma paralela a las divisiones del derecho sustancial se diversifica el procedimiento: órganos especiales *(fueros)* y normas procedimentales propias *(procedimiento propiamente dicho)* señalan esa diversificación. Nos ocuparemos a renglón seguido del procedimiento propiamente dicho y su organización en los distintos fueros, ejemplificando de preferencia con el sistema vigente en la Capital.

La división fundamental —considerada tradicionalmente en forma preponderante— es la del proceso *civil* (englobando éste al comercial) y

[56] Ver el caso "Margarita Belén", *L.L.*, 1989-B-318.

proceso penal [57]. Otros procedimientos —como el procedimiento laboral, y el contencioso-administrativo— se han particularizado más adelante sobre la base de los lineamientos generales del proceso civil [58].

[57] Pueden resumirse las principales diferencias entre el procedimiento civil y criminal en la siguiente forma.

Procedimiento civil:

1°. El actor es dueño de su acción. Puede retirarla *o desistir* de ella en cualquier momento, aunque con diferentes efectos según la oportunidad en que el desistimiento se produzca.

2°. La sentencia pertenece a la parte que la obtiene (quien puede no solicitar su ejecución, la que generalmente se hace efectiva sobre el patrimonio del vencido).

3°. En materia de prueba es decisiva, en general (no por ejemplo en materia de divorcio), la confesión de la parte contraria.

4°. La prescripción sólo puede ser declarada por el juez a petición de parte.

5°. El juez civil puede, salvo casos excepcionales, ser sustituido por un árbitro.

Procedimiento penal:

1°. La acción pertenece por regla general al Estado. El particular no puede, por lo tanto, retirarla una vez iniciado el juicio, salvo las acciones privadas.

2°. La sentencia no pertenece al particular sino al Estado, quien puede hacerla efectiva sobre la persona misma del condenado (privándolo de su libertad, por ej.).

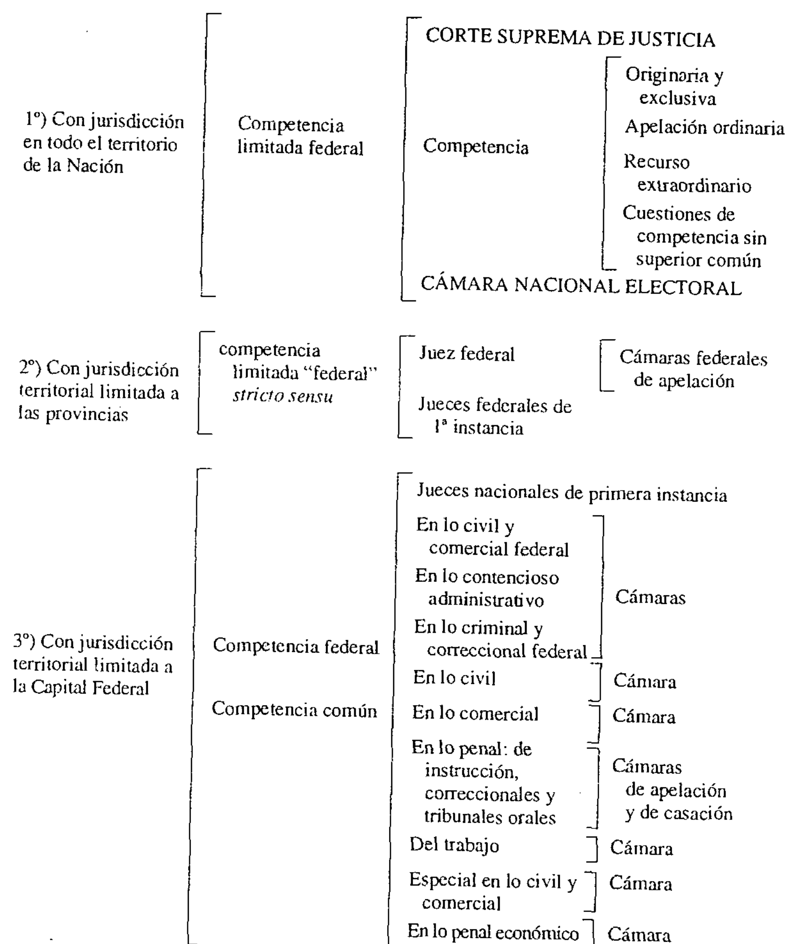
3°. En materia de prueba, la confesión se halla limitada porque *nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo* (art. 18, Const. Nac.).

4°. La prescripción puede ser declarada de oficio por el juez.

5°. El juez del crimen no puede ser sustituido por un árbitro.

[58] El derecho procesal se ha ocupado tradicionalmente de los procesos *civil y penal.* A éstos se ha venido a agregar, en tiempos relativamente recientes, el *administrativo.* Ellos no constituyen tres tipos aislados de proceso: son sustancialmente una misma institución, que sólo en las líneas secundarias y en los caracteres accidentales se plasma diversamente en uno o en otro campo en razón de las exigencias también diversas del derecho material que deben actuar. Coinciden en los caracteres formales esenciales por la identidad de funciones y de los fines; y son gobernados por los mismos principios fundamentales. El derecho procesal civil, porque ha sido elaborado con anterioridad y en forma más completa y orgánica, funciona a menudo como derecho común respecto de las otras ramas, sobre todo respecto del derecho procesal administrativo.

ESQUEMA DE NUESTRA ORGANIZACIÓN JUDICIAL
A) PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN
(Const. Nac., arts. 108 y sigs., leyes 27, 48, y dec.-ley 1285/58)



26.7.1. Procedimiento civil

Además de regir los procesos civiles, funciona con carácter supletorio en ausencia de disposiciones expresas en las leyes de procedimiento laboral o contencioso-administrativo. Dentro del procedimiento civil, asume carácter general y común el denominado procedimiento *ordinario* de conocimiento, en que se ventilan ampliamente las cuestiones planteadas.

Junto a dicho procedimiento se regulan procedimientos de ejecución y *sumarios especiales*.

Tratándose de un juicio *ordinario,* el procedimiento, en sus líneas generales, comprende: 1) la *demanda,* en la cual la parte lesionada o que presume serlo, ejerce una acción ante la justicia; el juez da *traslado* de ella al demandado quien, antes de contestarla, puede plantear, 2) *excepciones de previo y especial pronunciamiento* como son, por ejemplo, la incompetencia, de falta de personería, etcétera. Si la acción ha sido entablada ante juez incompetente, o si el actor actúa sin poder o con un poder deficiente debe, naturalmente, permitirse al demandado paralizar la acción antes de entrarse a discutir el fondo del asunto. En caso de no plantear el demandado dichas excepciones o habiéndose resuelto acerca de ellas, procede 3) la *contestación de la demanda* con la que queda trabado formalmente el litigio, determinando el asunto sobre el cual versa *(litis contestatio)* [59]. Si de acuerdo con los términos de la demanda y la contestación *(litis contestatio)* no existen hechos controvertidos, el juez declarará la cuestión de *puro derecho* y se resolverá como tal. En caso contrario (mucho más frecuente), 4) *se abre la causa a prueba* y durante el período de ésta las partes aportan la que hace a su derecho. Se permite a los letrados *alegar* sobre el mérito de la prueba producida y, finalmente el juez dicta, 5) la *sentencia*. La parte que se considera agraviada en su derecho por la sentencia del juez de primera instancia puede llevarla al conocimiento del tribunal de alzada mediante la *apelación*. Transcurrido el término para interponerla (consentimiento) o sustanciada y fallada la causa en segunda instancia [60] se produce el efecto de 6) la *cosa juzgada*.

[59] Al *contestar* la demanda debe oponer el demandado las excepciones que hacen al *fondo* del asunto y que no tienen el carácter del artículo previo. Así, por ejemplo, podrá invocar el *pago* o cualquier otro medio de extinción de la obligación.

También puede en esta oportunidad el demandado *reconvenir,* o sea *contrademandar,* lo que muchas veces se hace necesario cuando las relaciones jurídicas de fondo son complejas y ha habido violación por ambas partes (es frecuente la *reconvención* en los juicios de divorcio, en los nacidos del contrato de sociedad, etc.).

[60] Puestos los autos en la Cámara debe el apelante *expresar agravios,* es decir aducir en qué y por qué considera violatoria de sus derechos la sentencia del juez de primera instancia. La competencia de la Cámara es abierta por la expresión de agravios y en la medida de ellos. Quiere decir que a falta de agravios se considera *decaído* el recurso y la sentencia del inferior queda *firme* en la medida en que el apelante no se agravia. Así, por ejemplo, si el apelante se agravia en lo que se refiere al monto de la condena y no en lo relativo a la procedencia de la acción, la Cámara sólo entra a rever aquel aspecto. Es lo que se expresa con el adagio *tantum apellatum cuantum devolutum* y lo que determina que la Cámara se limite a confirmar o revocar la sentencia del *a quo* "en lo que ha sido materia de recurso".

26.7.2. Procedimiento penal

Mientras el procedimiento civil está dirigido a la finalidad de reglar la relación jurídica entre las *partes,* es decir entre los particulares sujetos de la misma, el procedimiento penal está dirigido a la eventual *imposición de una pena* al delincuente por parte del Estado, previa investigación del efectivo acaecimiento del delito.

En el procedimiento penal no existen pues, en sentido propio *partes,* al menos con el mismo alcance que en el procedimiento civil. Se entiende, sin embargo, que el Estado es una de ellas y el Ministerio Público (fiscal) representa la acusación. Se admite también, en principio, el carácter de parte acusadora al particular damnificado (víctima del delito) si asume el papel de *querellante.*

El proceso criminal comprende habitualmente dos etapas; el *sumario,* en el que el juez de instrucción procede a la investigación secreta del hecho (el procesado y su defensor pueden proponer medidas de prueba pero no se enteran de la marcha de la investigación); y el *plenario,* o sustanciación pública del proceso con acusación fiscal, defensa y prueba. El proceso puede terminar durante el sumario por *sobreseimiento definitivo* si el juez de instrucción encuentra mérito para ello, o por *sobreseimiento provisional* si encuentra que la prueba no permite decidir en forma terminante la culpabilidad o inocencia del procesado. Si encuentra culpable *prima facie* al inculpado decreta la *prisión preventiva* del mismo y, sustanciado el sumario, eleva los autos al *plenario,* esto es al juez de sentencia. Este último actúa como un tercero imparcial frente a la pretensión del Ministerio Público de aplicar la pena y frente a la defensa. Si el fiscal deduce acusación el plenario termina forzosamente por *sentencia absolutoria o condenatoria.*

En numerosos países actúa en el plenario un *jurado* compuesto de legos que deciden simplemente la *inocencia* o *culpabilidad* del acusado, una vez terminados los debates entre el fiscal y la defensa, procediendo luego a fallar un tribunal letrado. Combinado con el sistema de jurados o en forma independiente, muchas legislaciones establecen la *oralidad del plenario.*

Existen dos sistemas fundamentales en lo que se refiere a la manera de legislar el enjuiciamiento criminal: el sistema *acusatorio* y el *inquisitivo.* Se llama acusatorio al sistema que concede amplia libertad de defensa al procesado, con publicidad en la producción de la prueba y amplias facultades al juez en cuanto a la apreciación de los elementos de convicción acumulados. El sistema inquisitivo se caracteriza, en cambio, por el secreto de procedimiento y por el escaso margen dejado al juez en la apreciación de la prueba (pruebas legales).

26.7.3. El nuevo Código Procesal Penal de la Nación

En el ámbito de los tribunales ordinarios de la Capital Federal y la competencia federal, la ley 23.984 introdujo una reforma integral del procedimiento penal al aprobar el nuevo *Código Procesal Penal de la Nación.*

El nuevo procedimiento penal es de naturaleza oral y se divide también en dos etapas: la instrucción y el "juicio". La instrucción continúa siendo un procedimiento escrito y concluye con el sobreseimiento del imputado si se dan los extremos que prevé el artículo 336, o con la "elevación a juicio". El juicio comienza con los "actos preliminares" durante los cuales el ministerio fiscal, el acusado, y el querellante y el actor civil —si los hubiere— han de examinar "...las actuaciones, los documentos y las cosas secuestradas, ofrezcan las pruebas e interpongan las recusaciones que estimen pertinentes..." (art. 354). Concluida esta etapa comienza el "debate" el cual debe ser "oral y público". En él se recibe declaración al imputado, el cual tiene el derecho de negarse a declarar de conformidad con la garantía que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional, se recibe la prueba y, finalmente, se concede la palabra al actor civil, al querellante, al ministerio fiscal y a los defensores del imputado. Inmediatamente después el tribunal debe pasar a deliberar y dictar sentencia, mediante la cual se ha de condenar o absolver al imputado.

El nuevo Código trae importantes innovaciones, además de la oralidad del procedimiento: la actuación de la defensa, la sistematización de las nulidades procesales, la participación del "actor civil" que sólo persigue la indemnización del daño causado por el delito, el "auto de procesamiento", etcétera.

Lamentablemente, en el nuevo Código se restringe la participación del número de abogados defensores de un imputado a dos (art. 105) pero no hay limitación alguna respecto a los abogados de los querellantes ni a los representantes del ministerio fiscal. Esta limitación sería inconstitucional en los casos en que hubiere más de dos abogados trabajando en favor de la condena del imputado por agraviar la garantía constitucional de la "igualdad ante la ley" (art. 16, Const. Nac.).

El Código prevé un procedimiento especial para el caso de los delitos menores (procedimiento correccional), para el juicio de menores y los delitos de "acción privada".

26.8. CONCEPTO SUMARIO SOBRE LA PRUEBA Y SUS DIFERENTES MODOS

La *prueba* constituye un momento fundamental en el procedimiento. Es la actividad desplegada, con el auxilio de los medios que la ley establece, tendiente a producir el convencimiento o la certeza del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos a cuyo respecto debe emitir su fallo [61].

26.8.1. Apreciación

En lo que se refiere a la apreciación de las pruebas se admitían antes *pruebas legales,* que tenían un valor formal suficiente para obligar al juez a aceptarlas en caso de que reuniesen los requisitos debidos. Aun cuando el juez dudase, debía dar por probados los hechos. La prueba de testigos, por ejemplo, estaba regida en gran parte por el principio de que la declaración de un testigo no valía, pero si había dos o más, su declaración concordante constituía plena prueba de los hechos; en el primer caso, cuando había un solo testigo, por más grande que fuera la convicción del juez sobre la verdad de su declaración, ella carecía de eficacia *(testis unus testis nullus)*; en el segundo, cuando había dos o más, las declaraciones de estos testigos constituían plena prueba aunque el juez dudase de su veracidad. En oposición al sistema de las pruebas legales aparece el de la *libre convicción* del juez. Se considera que prima el examen de la prueba hecho por el magistrado, quién puede aceptarla o no como tal.

Como superación de los anteriores debe mencionarse el sistema de la *sana crítica* o de la apreciación razonada de las pruebas: es un razonable término medio entre los dos sistemas extremos estudiados. No basta que el juez se encuentre personalmente convencido por la prueba reunida en los autos. Debe también intentar que esta convicción sea objetiva, que pueda ser compartida por los demás, para lo cual deberá hacer un análisis razonado y objetivo, basado en la ciencia y la experiencia, de dichos elementos de convicción.

El artículo 204 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital estatuía este sistema, pero sólo para la apreciación de la prueba testimonial. Con la reforma introducida por la ley 14.237, la apreciación según las reglas de la sana crítica ha pasado a ser la norma general en la materia. Dice el artículo 36 de la ley mencionada: *"La prueba será apreciada según las reglas de la sana crítica, salvo disposición expresa de la ley en contrario"*.

[61] Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial,* T. I, pág. 34; GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil,* T. I, 3ª ed., Madrid, 1968, pág. 321; PALACIO, Lino E., *op. cit.,* T. IV, pág. 331.

Este principio ha sido mantenido en el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 386).

La prueba, como hemos dicho, tiene por objeto demostrar el grado de veracidad de los hechos, revelando la existencia de un derecho, que sin ella puede no ser reconocido. Lo que se prueba, pues, son los hechos y no el derecho, que se reputa conocido por los magistrados. Sin embargo, hay casos especiales en que es necesario también probar el derecho, como ocurre cuando es menester aplicar una norma de derecho consuetudinario o una ley extranjera (a menos que esté reconocida por un tratado).

26.8.2. Carga de la prueba

Tiene una gran importancia práctica el saber a cargo de cuál de las partes en litigio está la prueba. En efecto, la prueba es frecuentemente difícil y, además, el juez debe rechazar las pretensiones de la parte que no produce la que le corresponde. Por ello la obligación de probar se llama *onus probandi*, carga de la prueba, teniendo en cuenta sus dificultades y las consecuencias de su ausencia. En general, la carga de la prueba incumbe al actor o al demandante, y al que niega, por razón natural, no le incumbe prueba alguna. Sin embargo, cuando el demandado, reconociendo lo que se demanda, opone una excepción (prescripción, p. ej.), se convierte, por así decirlo, en actor, y debe entonces probar. Esto se debe a que es un principio general que incumbe la carga de la prueba al que modifica al estado normal de las cosas, esto es al que pretende innovar. No incumbe, por tanto, al que afirma, sino al que innova. Los hechos negativos también pueden en ciertos casos, ser probados. Es erróneo creer que ello no es posible: cabe perfectamente la prueba de los hechos negativos convertibles en afirmaciones. En cambio, los hechos negativos indefinidos no admiten prueba. Por ejemplo, sería fácil probar con un *alibi* o coartada que no se ha estado *ayer* en Rosario, pero sería ya más difícil demostrar que *no* se ha estado *nunca*.

Si la parte a quien incumbe la prueba no la produce, ya sea porque no presenta ninguna o porque sea deficiente, el juez debe rechazar sus pretensiones, es decir debe rechazar la demanda si se trata del demandante, o las defensas alegadas si se trata del demandado. Se resume este principio en la siguiente máxima: *actore nonprobande, reus absolvitur.*

26.8.3. Medios

Los medios de prueba han sido clasificados por el tratadista Bonnier en la siguiente forma [62].

[62] Cfr. BONNIER, E., *Traité Théorique et Pratique des Preuves,* 5ª ed., Paris, 1888; CAPITANT, Henri, *Introduction à l'Étude du Droit Civil,* 5ª ed., Paris, 1929, pág. 384.

i) Pruebas fundadas en la experiencia personal del juez

a) Reconocimiento judicial.

b) Prueba pericial.

ii) Pruebas fundadas en el testimonio

a) *Pruebas simples* producidas en el curso del juicio y no sometidas a ninguna formalidad anterior: declaraciones de *testigos, confesión* de las partes.

b) *Pruebas preconstituidas,* preparadas con anterioridad al juicio y sometidas por la ley a una serie de formalidades, indispensables para su validez y eficacia: *instrumentos públicos, instrumentos privados.*

La prueba de informes participa de los caracteres de ambos tipos de prueba, ya que si bien se produce en el curso del juicio, debe versar sobre hechos que resulten de la documentación, archivos o registros contables del informante, o de expedientes, certificados o testimonios requeridos a oficinas públicas, es decir de prueba instrumental.

iii) Pruebas fundadas, no en la convicción directa sino en el razonamiento

Son las *presunciones legales* o simples.

Reconocimiento judicial. El *reconocimiento judicial,* como su nombre lo indica, es el reconocimiento del lugar en que se ha producido el hecho, practicado por el juez mismo. Es una prueba directa, pero limitada en su campo de aplicación, por lo que si es útil para conocer el estado material de los lugares, no lo es cuando se trata de cuestiones que exigen conocimientos especiales en alguna ciencia pues se debe recurrir a la prueba pericial. El reconocimiento judicial es especialmente aplicable en materia de acciones posesorias: reivindicación, confusión de límites, etcétera.

Pericial. En ciertos casos, para demostrar la verdad de un hecho no basta la inspección que el juez practique, sino que hace falta el informe de peritos o personas competentes en un determinado ramo de las ciencias, las artes o la industria. Esta prueba, llamada *prueba pericial,* es útil para comprobar el estado de demencia, para saber si una firma es o no auténtica, para conocer con exactitud la superficie de un terreno, etcétera. Ha sido comparada con la prueba de testigos, pero se diferencia de ésta en que los testigos deponen sobre hechos pasados mientras que los peritos lo hacen sobre hechos presentes durante el juicio.

Testigos. La prueba de *testigos* consiste en la declaración prestada por terceros que no son partes en el juicio pero que han percibido por sí mismos el hecho sobre el cual declaran, sea que lo hayan visto (testigos oculares) o que lo hayan oído (testigos auriculares). Aunque esta prueba es de gran importancia y constituye a veces el único elemento con que se puede acreditar ante el juez la verdad de un hecho, tiene muchos inconvenientes porque los testigos pueden declarar contrariamente a la verdad, voluntaria o involuntariamente.

Confesión. La *confesión,* como dice Bonnier, es "la declaración por la cual una persona reconoce por verdadero un hecho susceptible de producir contra ella consecuencias jurídicas". Esta prueba ha sido considerada en todo tiempo de gran importancia, al extremo de que los autores antiguos la llamaban *probatio probatissima,* en el sentido de que ninguna otra podía ser más eficaz. Puede ser judicial o extrajudicial; es judicial cuando se presta en juicio, ya sea directamente por el interesado o por su apoderado; es extrajudicial cuando se hace fuera del juicio [63].

En el procedimiento penal la confesión puede ser considerada un "instrumento de prueba" o un instrumento de la defensa del imputado. En los Estados Unidos es considerado un "instrumento de prueba", por ello los imputados pueden negarse a declarar amparándose en la garantía que establece la Quinta Enmienda de la Constitución; pero si aceptan declarar se convierten en un testigo más y lo hacen bajo juramento de decir la verdad, en caso de comprobarse que han mentido están sujetos a las penalidades previstas para el falso testimonio. En cambio, entre nosotros la confesión es considerada un instrumento de la defensa del imputado antes que un instrumento de prueba, y aun cuando el imputado acepte declarar está vedado el requerirle "...juramento o promesa de decir verdad..." y no puede ser acusado en caso de comprobarse la falsedad de su declaración.

Instrumental. Las pruebas preconstituidas son, como hemos dicho, los instrumentos públicos y los privados. Son instrumentos públicos los documentos otorgados ante un funcionario público, bajo formas especiales; tienen valor probatorio por sí mismos, sin necesitar reconocimiento alguno de la parte a quien se oponen. Instrumentos privados son los otorgados por las partes mismas, sin intervención de ningún oficial público;

[63] El medio comúnmente empleado para obtener la confesión judicial es la *absolución de posiciones.* El ponente presenta un pliego de posiciones o afirmaciones redactado en forma clara y concisa, pliego que se presenta al absolvente, quien debe responder, por sí o por no. P. ej.: "Para que jure el absolvente cómo es cierto y le consta que recibió un traje del actor": "Sí (o no) es cierto".

exigen en principio como única formalidad para su validez la firma de las partes y para que tengan valor probatorio hay que demostrar la autenticidad de esas firmas.

Informes. La prueba de informes es aquella que tiene por objeto la verificación de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables existentes en poder de oficinas públicas, escribanos con registro y entidades privadas, o bien de expedientes, testimonios y certificados pedidos a oficinas públicas (art. 396, Cód. Proc. Nac.).

Los informantes se diferencian suficientemente de los testigos y de los peritos ya que ni proporcionan un conocimiento necesariamente personal de los hechos correspondientes, ni requieren una específica competencia técnica.

Presunciones. Las *presunciones* no nos dan la prueba directa de un hecho, sino que, partiendo de otros hechos *(indicios)* relacionados con aquel que se trata de probar, se llega, por medio del *razonamiento presuntivo*, a la demostración del hecho que se investiga. Las presunciones pueden ser legales o establecidas por la ley, y simples o establecidas por el magistrado, que deben ser graves, precisas y concordantes. Las legales se dividen a su vez en *iuris et de iure* y *iuris tantum*. Las primeras no admiten prueba en contrario: tal ocurre cuando nuestro Código Civil (art. 240) presume que todo hijo nacido después de ciento ochenta días del casamiento de la madre y antes de trescientos días desde que fue disuelto, ha sido concebido durante él. Las segundas admiten, en cambio, prueba en contrario. Así por ejemplo, siempre que el documento original de donde resulta una deuda se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste a probar lo contrario (art. 878).

CAPÍTULO 27

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

CAPÍTULO 27

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

27.1. DERECHO CIVIL

27.1.1. Antecedentes históricos

El antecedente primero del derecho civil lo encontramos en el derecho quiritario de la Roma real de los primeros tiempos. El *iure quiritum* era el derecho propio de los quirites, es decir, de los varones púberes portadores de armas. Con el tránsito político de la monarquía a la república el *cives (ciudadano)* reemplazó al *quirites* y el antiguo derecho quiritario se convirtió en *derecho civil.* El *ius civile,* era pues, en los primeros tiempos de la república, el *"ius propium civium romanorum"* [1], es decir el derecho aplicable especialmente a los ciudadanos romanos, por oposición al *ius gentium,* común a los diversos pueblos. El derecho civil abarcaba así, en Roma, tanto las instituciones de derecho público como las de derecho privado; era pues amplio por su objeto pero delimitado por su sujeto: el ciudadano romano. La fuente propia del derecho civil era la ley *(lex)* votada en los comicios *(comitia)* compuestos, precisamente, por los varones púberes portadores de armas.

Primitivamente Roma fue un pueblo rural y militar. El derecho civil bastaba perfectamente para regir la vida simple de esa comunidad restringida, cualitativa y cuantitativamente. Pero con el curso del tiempo, las progresivas conquistas fueron cambiando el aspecto de dicha comunidad y haciendo del Estado romano un Imperio y de la ciudad una verdadera urbe. Lo que más asombra, precisamente, en la historia del Derecho Romano, es la flexibilidad de su evolución, cumplida paso a paso, paralelamente a una realidad de complejidad creciente. Los artífices de esta evolución fueron los magistrados pretores, que gozaban de una facultad llamada *ius edicendi* consistente en lo siguiente: al comienzo de su mandato, por medio de un *edicto,* estos magistrados formulaban las normas generales, complementarias del *ius civile,* a las cuales ajustarían su imperio.

[1] GAYO, T. I, §§ 108, 119; II, § 65; III, 93.

Algunas de estas normas se repetían en los edictos de los pretores sucesivos y, de este modo proliferó, junto al antiguo *derecho civil*, este *ius honorarium*.

Esta bipartición del derecho común (en derecho civil y derecho honorario), propia de la época clásica, perdió actualidad e interés cuando Caracalla (año 212 d.C.) concedió la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio. Desde entonces la expresión derecho civil fue sinónimo de Derecho Romano.

En la Edad Media, con la caída de Roma, el Derecho Romano continuó rigiendo, no obstante, como *derecho común* en todo aquello en que no se innovó especialmente. Esto último ocurrió en dos órdenes de cosas: en primer lugar en todo lo que podríamos denominar hoy *derecho público* pues, naturalmente, los vencedores impusieron sus propios criterios, estatutos y costumbres en lo atinente a la forma de gobierno. La situación de privilegio en que quedaban los vencedores se consolidó con el tiempo en el régimen feudal. El derecho civil pasó de este modo, como derecho romano común y subsistente, a equivaler a lo que denominaríamos *derecho privado*. Y aquí viene la segunda limitación que impuso el nuevo orden de cosas: algunas instituciones pasaron a depender directamente de las autoridades eclesiásticas y a formar parte del *derecho eclesiástico* (tal p. ej., el matrimonio).

El derecho civil, según lo visto en el párrafo anterior, tiene ahora el contenido del *derecho privado* con excepción de aquellas instituciones que, por motivos especiales, se excluyen de su órbita. Éste es el concepto que, con un contenido cada vez más limitado por dichas excepciones, cada vez más numerosas, llega hasta nuestros días. A fines de la Edad Media, el impulso creciente que anima a la navegación y el florecimiento comercial, particularmente notable en algunas ciudades italianas, originan el desprendimiento del *derecho comercial-marítimo,* como un derecho especialmente aplicable a los comerciantes. El proceso de desgajamiento no paró en esto. Del tronco común del derecho civil, atendiendo a diversas circunstancias histórico-contingentes, se han ido desprendiendo otros ramales y subramales: *derecho comercial, derecho del trabajo, derecho de minería, derecho social, industrial,* etcétera [2]. El derecho civil ha quedado así con el carácter de *derecho común* porque mientras en una relación jurídica no existan las circunstancias especiales (comercio, trabajo, minas, etc.) a que se ha hecho referencia, corresponderá esa relación jurídica al derecho civil. Esto trae dos consecuencias importantes: 1°) el derecho civil interesa y se aplica a todas las personas mientras que las ramas de él desprendidas no tienen, en principio, la misma generalidad; 2°) el derecho civil tiene carácter supletorio pues, en la medida en

[2] Ver *supra*, Cap. 23, *Las ramas del derecho positivo*. El derecho civil ha sido el tronco más prolífico en este desprendimiento de ramales.

que no se han establecido normas especiales se entiende que, volviendo a lo común, son de aplicación las normas del derecho civil [3].

27.1.2. Definición y contenido

Al hacer la reseña de sus antecedentes, hemos visto que a lo largo de la historia del derecho civil han cambiado sus límites y contenido. Comprensivo en un principio de todo el derecho, fueron desprendiéndose de su seno, progresivamente, diversas ramas, proceso que no puede considerarse definitivamente terminado. La definición del derecho civil tropieza, pues con la principal dificultad de la mutación histórica de su objeto.

a) Los civilistas no coinciden en cuanto a la definición de su disciplina. Así algunos, para hacerse cargo de la dificultad antes referida aluden, precisamente, al *carácter residual* del derecho civil: "Si un tema determinado no es propio del derecho público, ni concurren a su respecto los caracteres propios de la relación jurídica mercantil, ni se trata de reglas de actuación en los procesos, ni de minas, ni de relaciones de trabajo, ni de materia de otra rama alguna, el tema es simplemente de Derecho o sea de *ius civile*, es decir de derecho civil [4].

b) Otra vía seguida para la definición del derecho civil consiste en una *enumeración* dogmática de su contenido actual. Así dice por ejemplo Salvat: "...reglamenta la familia, las obligaciones y contratos, la propiedad y demás derechos reales y el derecho de sucesión" [5]. Otros autores in-

[3] Esta norma está expresamente consagrada en el título preliminar, art. 1° de nuestro Cód. Com. Algunos autores han discutido con argumentos atendibles, la lógica y la justicia de esta aplicación supletoria del derecho civil. Según ellos, las circunstancias especiales que han originado la separación de una rama del Derecho a partir del viejo tronco del derecho civil (p. ej., la celeridad y la confianza propias del comercio para el derecho comercial, la desigualdad económica y contractual para el derecho del trabajo, etc.) deben ser tenidas en cuenta como normas rectoras por el jurista o por el juez, sin que ni uno ni otro deban estar rígidamente atados a una aplicación automática del derecho civil. De aquí que se sostenga que cada rama del Derecho tiene sus propios principios —excluyentes de los puramente civilistas— y, en caso de no estar dichos principios claramente formulados en la ley positiva, es, precisamente, tarea del juez o del jurista explicitarlos sobre la base de su propia disciplina.

[4] ARAUZ CASTEX, Manuel, "Necesidad de replantear la unidad y contenido del derecho civil", *Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires,* año V, nros. 21-22, págs. 1217 y sigs. En la reseña que sigue sobre los diversos intentos de definición del derecho civil, seguimos en general los lineamientos de este estudio sin perjuicio de algunas diferencias de las que dejamos constancia.

[5] SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General,* 4ª ed., Buenos Aires, 1928, pág. 41.

cluyen en esta enumeración del contenido la teoría general de las personas, de las cosas y de los actos; el patrimonio y la prescripción; la aplicación de la ley en el tiempo y el espacio, etcétera [6] pero, en rigor, estos últimos temas trascienden el campo del derecho civil y pertenecen a una teoría general del Derecho, común a todas las ramas. La circunstancia de que tradicionalmente estos temas generales se traten en la disciplina del derecho civil o se los legisle dentro del código de la materia, constituye una tradición respetable, pero no es científicamente decisiva, atento al carácter general de las instituciones aludidas.

c) Precisamente en esta confusión entre derecho civil y teoría general del Derecho descansa otro intento de definición según el cual el derecho civil tendría un manifiesto *carácter supletorio*. Una relación jurídica podrá ser comercial pero en cuanto a sus sujetos rige el derecho civil, que es el que se refiere a las personas en tanto que tales. Otra relación será penal (p. ej., un robo) pero la determinación del carácter de cosa del objeto del robo será dada por el derecho civil. Este intento de definición es el menos satisfactorio, porque descansa en la confusión apuntada y olvida que, sin perjuicio de su carácter supletorio, hay algunas materias específicamente civiles, por ejemplo, las sucesiones o la familia.

d) Otra vía seguida para definir el derecho civil es la que lo define como el Derecho que considera al *hombre en su carácter de tal* [7], *en sus relaciones de carácter simplemente humano*. Esta definición requiere algunas aclaraciones. Arauz Castex, que adhiere a este criterio, la explica diciendo: "Derecho civil alude al obrar del hombre de su casa, de su familia; al que nace, se cría, se casa, compra o alquila su vivienda o un campo; hipoteca, educa a sus hijos, hereda, testa y muere; en suma, al hombre cuando se conduce simplemente como tal con relación a otros que se comportan en igual carácter, sin calificación ni particularidad. Derecho mercantil se refiere a la conducta del hombre comerciante, es decir de ese mismo hombre en tanto se dedica a la banca o al comercio... Derecho público significa el obrar del hombre funcionario... Derecho laboral al del mismo hombre en tanto trabaja...".

Esta definición del derecho civil nos parece admisible, en la medida en que con ella *no se deja de lado el carácter residual* tratado sub a), sino que se lo formula de manera más comprensiva y coherente, haciendo alusión a la conducta misma en cuestión y no solamente a la rama del Dere-

[6] V. ARAUZ CASTEX, M., *op. cit.*, pág. 1219.

[7] BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. I, Buenos Aires, 1959, pág. 29.

cho desprendida. La nota de residual, en efecto, nos parece ineliminable pues está determinada, como hemos visto, por la historia misma del derecho civil y este factor histórico-contingente es irreductible, dado el fundamento mismo de la distinción del derecho civil respecto de sus ramales [8]. En otros términos: con las frases "relaciones de carácter humano" o "el hombre en su carácter de tal" no se caracteriza *positivamente sino sólo negativamente* —o sea, residualmente— las relaciones propias del derecho civil. Relaciones de "carácter humano" vale tanto como decir "no comerciales", "no laborales", "no mineras", etcétera.

Salvat, en su conocida definición, combina este criterio *residual* con el *enumerativo* que hemos tratado sub b). Su definición completa reza: "Establece las reglas generales que rigen las relaciones jurídicas de los particulares, ya sea entre sí, ya con el Estado, en tanto estas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter humano. Considera al hombre en su calidad de tal, reglamenta la familia, las obligaciones y contratos, la propiedad y demás derechos reales y el derecho de sucesión. El derecho civil suele ser llamado también derecho común porque es el derecho común a todos los seres humanos sin distinción de nacionalidad, sexo, profesión u otras circunstancias análogas; se opone en este sentido, a las otras ramas del derecho privado" [9].

En resumen, podemos decir que el derecho civil, como rama de la ciencia jurídica propia de los países de tradición romanista, es la rama de dicha ciencia que se refiere a aquellas relaciones jurídicas sustanciales (por oposición a procesales) en que las personas actúan como sujetos de derecho privado, siempre que no medien ninguna de las razones dogmático-valorativas que han originado, en la mayoría de los países, la paulatina separación de las demás ramas del derecho privado (comercial, del trabajo, de minas, rural, etc.). En términos de eliminación, podría decirse que derecho civil es, actualmente, lo que ha quedado del derecho privado después de consumada la segregación de las otras ramas de mismo.

En otros términos, *derecho civil, como rama o parte del Derecho* (no ya de la ciencia jurídica), podemos definirlo como el *núcleo residual* (después del conocido desprendimiento de las subramas) *del derecho privado nacional sustancial*. Es decir, el conjunto de relaciones jurídicas de fondo, de derecho privado y sin calificación especial [10].

[8] Ver *supra*, Cap. 23, *Las ramas del derecho positivo*.

[9] SALVAT, R., *op. y loc. cit.*

[10] Esta definición está formulada por género próximo y diferencia específica según los criterios que, a nuestro entender, dividen el Derecho en ramas. La primera división es en derecho internacional y derecho nacional. Este último, a su vez, se divide en derecho

27.1.3. Instituciones del derecho civil

Pese a que entendemos que algunas instituciones englobadas en este número son más propias de una teoría general del Derecho que del derecho civil propiamente dicho, por motivos didácticos y prácticos trataremos en este párrafo dichas instituciones generales, conservando así la tradición civilista y ajustándonos también al orden positivo vigente, en la medida en que esas instituciones generales están tratadas en el Código Civil argentino.

i) Personas o sujetos de derecho

Nuestro Código, en su artículo 30, define a las personas como *todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones.* Siendo la palabra *ente* puramente formal, *resulta* que podemos definir la *personalidad* jurídica como la mera *susceptibilidad de adquirir derechos o contraer obligaciones.*

El jurista italiano Ferrara [11] recuerda que originariamente la palabra *persona* servía para designar la máscara que usaban los actores latinos para ampliar el volumen de su voz y concluye que la personalidad jurídica es en definitiva, algo muy semejante: una calidad o sello que el orden jurídico atribuye allí donde lo considera conveniente. Según esto el *ente* podría ser cualquiera: tanto un hombre o una asociación como un ente imaginario, un animal o una piedra [12]. Kelsen da un concepto normativamente aún más preciso de la personalidad jurídica y señala como su esencia a la *imputación normativa:* "la persona es sólo una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complexo de normas" [13].

---

procesal y sustancial. El derecho sustancial, por su parte, se distingue (más que divide) en público y privado. El género próximo es, pues, el derecho nacional, sustancial, privado. La diferencia específica alude al carácter histórico-residual del derecho civil, al que ya nos hemos referido repetidamente.

[11] FERRARA, Francisco, *Teoría de las Personas Jurídicas,* Madrid, 1929, pág. 69.

[12] La concepción de Ferrara y en menor grado la de Kelsen no parecen establecer una vinculación especial entre las nociones de "persona" y de "hombre". Como ejemplo clásico se cita el de Calígula, emperador romano que hizo nombrar cónsul a su caballo. Es sabido, por otra parte, que en los que denominamos "pueblos primitivos" es frecuente la adjudicación de ciertos "derechos" a animales y aun a cosas inanimadas. Kelsen, que establece en general una firme vinculación entre la conducta humana y el orden jurídico, trata de explicar estas aberraciones por el *animismo* del hombre primitivo; éste adjudica un alma a dichos animales u objetos y *por ello* los hace sujetos de derecho (KELSEN, H., *Teoría General,* cit., pág. 4).

[13] KELSEN, H., *Teoría Pura,* cit., 1946, pág. 83.

Cossio, por su parte, rechaza este extrañamiento del hombre respecto del derecho a que conducen tanto las ideas de Ferrara como la teoría de Kelsen. La teoría kelseniana responde bien a la pregunta: ¿qué es persona? (esencia), pero no a la pregunta: ¿quién es persona? (existencia). A esta pregunta, en que entra en juego la existencia, hay que contestar redondamente que *sólo el hombre es persona pues,* en definitiva, sólo a él obliga la norma jurídica y sólo él puede ser titular de derechos y exigir a otros su cumplimiento. Esta idea de Cossio parece correcta en lo que se refiere a cosas inanimadas, pero hoy no resulta convincente en aplicación al menos a los animales que denominamos superiores a los que se les reconoce sensibilidad, inteligencia y hasta rudimentos de lenguaje propiamente dicho (v. *supra,* Cap. 3). Después de todo su situación no diferiría de las personas por nacer o de las criaturas de muy corta edad a las que se les reconoce universalmente aptitud para ser titulares de derechos aunque no tengan aptitud para ejercerlos [14].

El Código Civil establece que las personas son de dos clases: de *existencia visible* o *de existencia ideal.* Son personas de existencia visible *todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades ni accidentes* (art. 51). En una palabra, son todos los seres humanos, considerados en sus dos sexos, nacidos o concebidos en el seno materno, y aunque presentasen deformaciones más o menos graves. El artículo 16 de la Constitución Nacional consagra la igualdad civil de todas las personas ante la ley, cualquiera sea su condición, raza o nacionalidad. No existen entre nosotros ni la esclavitud ni la muerte civil, instituciones arcaicas que privaban a las personas de la mayoría de los derechos, lo que significaba prácticamente suprimirlas de la sociedad.

Nuestro Código distingue dos períodos en la existencia de las personas: uno anterior al nacimiento, durante el cual las llama *personas por nacer,* y otro que se inicia con el nacimiento y que corresponde a las *personas visibles propiamente dichas.* El artículo 63 define a las personas por nacer diciendo que son *las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno.* El ser intrauterino es, pues, también sujeto de derechos y puede adquirir derechos a título de *donación* o *herencia,* a condición de que nazca vivo, aunque la vida sea sólo por unos instantes, después de separado del seno materno.

Ya hemos dicho que además de las personas de existencia visible o personas humanas, existe otra categoría de personas, las de existencia ideal, llamadas también *personas jurídicas.* Los hombres no son los úni-

---

[14] En el mismo sentido en el campo de la moral, cfr. SINGER, P., *Ética Práctica,* Ariel, Barcelona, 1984, Cap. 3 y sigs., págs. 68-95 y 121-135.

cos sujetos de derecho sino que también tienen ese carácter muchas asociaciones formadas por la reunión y la colaboración de los seres humanos para satisfacer necesidades o cumplir finalidades que escapan a sus facultades aisladas [15].

ii) Hechos y actos jurídicos

Otro tema en que el derecho civil precisa en relación a determinado derecho positivo las nociones esclarecidas por la teoría general, sin limitación de tiempo y lugar, es el que estudiamos en este parágrafo: *los hechos y actos jurídicos*. En su oportunidad, hemos señalado que en toda norma hay un *hecho antecedente* a cuya efectiva ocurrencia se imputa la prestación o deber.

Para nuestro Código Civil se comprenden en este capítulo tanto meros *acontecimientos de la naturaleza* como *hechos del hombre:* ambos pueden, en efecto, funcionar como hechos antecedentes en una norma jurídica, dando nacimiento a derechos y deberes. Dice así el Código que *"Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones"* (art. 896). Como ejemplos de hechos naturales que producen dichos "efectos" jurídicos podemos mencionar el nacimiento, la muerte, la destrucción natural de una cosa, el derrumbe de un edificio, etcétera.

Por su parte, *"Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad"* (art. 897).

Los hechos voluntarios son *lícitos* o *ilícitos*. Nos ocuparemos de estos últimos más adelante en conexión con las obligaciones que derivan de los mismos. En cuanto a los *hechos voluntarios lícitos* pueden ser: 1°) *meros hechos* con efectos jurídicos o 2°) *actos jurídicos*. Los primeros no tienen por fin inmediato crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones, sino que la ley adjudica a tales hechos algún "efecto" jurídico. Así, por ejemplo, el que hace reparaciones urgentes en la propiedad del amigo ausente no tiene en mira entablar una relación jurídica sino, simplemente, prevenir un perjuicio. La ley establece, sin embargo, que el beneficiado debe indemnizar al benefactor, dentro de la medida del beneficio obtenido, por los gastos hechos (gestión de negocios, *negotorium gestio*). En cambio los *actos jurídicos* tienen por fin inmediato establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir o extinguir derechos u obligaciones. La ley civil, en efecto, admite en numerosos casos que la *voluntad de las partes,* debidamente *manifestada,* funcione como hecho antecedente de la obligación. Los sujetos no se encuentran directamente obligados por la norma general contenida en la ley sino que ésta admite que ellos, por medio de una *manifestación de voluntad,* se sometan voluntariamente a ciertas obligaciones, siendo así dueños de crear o no la norma individual correspondiente a su caso. Así, por ejemplo, la manifestación de voluntad de los contrayentes es necesaria para que ellos se encuentren sometidos a los derechos y obligaciones que surgen del matrimonio, la manifestación de voluntad del testador es decisiva (dentro de ciertos límites) con relación al destino a darse a sus bienes y, en fin, en el ancho campo de los contratos, la manifestación de voluntad de los contratantes no solamente es decisiva para el nacimiento de los derechos y obligaciones que derivan del acto, sino que también es decisiva en relación al *contenido mismo de dichos derechos y obligaciones* [16].

[15] Las personas jurídicas, denominadas en nuestro Código personas de existencia ideal, han dado motivo a las más arduas investigaciones destinadas a establecer su correcta naturaleza jurídica. Estas doctrinas están íntimamente vinculadas a las relativas al *derecho subjetivo* (siendo "persona" equivalente a "sujeto de derecho") y a la doctrina general sobre la *personalidad jurídica,* pues la teorización de las personas de existencia ideal es un caso de aquellas cuestiones más generales. Como no interesa ahondar aquí el tema de las personas de existencia idea, sólo daremos una somera reseña de las teorías principales:

A) *Teorías tradicionales:*

a) *De la ficción.* Savigny sostuvo que el legislador, por motivos de interés general, acepta la ficción de considerar provistas de *voluntad,* es decir, como sujetos de derecho, a ciertas agrupaciones.

b) *De la realidad.* Von Gierke, Michoud y otros sostuvieron esta teoría, opuesta a la anterior y que tuvo su período de gran aceptación. La realidad jurídica es de otro orden que la realidad "natural". La calidad de persona es algo específicamente jurídico. No hay pues ficción alguna en considerar personas a la Iglesia, el Estado y las asociaciones o agrupaciones pues estas instituciones existen verdaderamente y son una realidad innegable desde el punto de vista jurídico.

c) *Patrimonio de afectación.* Las teorías anteriores no explican satisfactoriamente un caso de persona jurídica: la fundación, en la cual, por la voluntad de una persona (que destina un patrimonio a ese efecto), se instituye, precisamente, una persona jurídica. Para que haya persona jurídica basta que haya un patrimonio afectado a un fin. Esta teoría fue expuesta, entre otros, por Brinz.

B) *Teorías modernas:*

a) Ferrara sostiene que la "personalidad es un sello jurídico que viene a sobreponerse de fuera a estos fenómenos de asociación y de ordenación social" (*op. cit.,* pág. 69).

b) La persona jurídica es, para Kelsen, también *una expresión unitaria para un conjunto de normas.* La "persona jurídica" es un *ordenamiento jurídico parcial.*

[16] Es lo que se conoce como principio de la *"autonomía de la voluntad",* consagrado en nuestro Código Civil en materia de contratos: *"Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma"* (art. 1197). Se entiende siempre que esta autonomía de la voluntad funciona dentro de los límites impuestos por el *orden público,* la moral y las buenas costumbres. No tendría, obviamente, ninguna validez el contrato por el cual una de las partes se comprometiese a co-

Los hechos involuntarios no producen obligación alguna (art. 900) salvo que causaren un daño a otro y si con el daño se enriqueció el autor, en la medida de este enriquecimiento (art. 907) pero los jueces pueden disponer también un resarcimiento en favor de la víctima del daño de un hecho involuntario, por ejemplo el cometido por un demente privado de razón, si median razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima.

Son imputables al autor de un hecho involuntario las consecuencias inmediatas —que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas— (arts. 901 y 903); son también imputables al autor de un hecho las consecuencias mediatas que hubiese previsto o que hubiese podido prever empleando la debida atención y conocimiento de la cosa (art. 904). No son imputables, en principio, al autor de un hecho sus consecuencias puramente casuales —que no pueden preverse— (arts. 901 y 905) salvo si debieron resultar según las miras que tuvo el autor al ejecutar el hecho. Luego tampoco son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad (art. 906).

Respecto de los actos jurídicos se presentan importantes cuestiones relativas a su posible *nulidad* con motivo: 1°) del *error* o *ignorancia* que verse sobre la naturaleza del acto, la calidad de la persona o sobre la cosa objeto del mismo; 2°) del *dolo* por el cual una de las partes, afirmando lo falso o disimulando lo verdadero, induzca a la otra al acto; 3°) de la *fuerza* o *intimidación* por la cual se consiga la manifestación de la voluntad, que no resulta así una voluntad libre; 4°) también puede demandarse la nulidad o modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación (lesión subjetiva). Un punto importante de la materia es también la revocación que pueden pedir los perjudicados contra los actos jurídicos *simulados* o simplemente celebrados en *fraude* a sus derechos.

Otro punto importante es el de la *forma* que deben revestir los actos jurídicos, concepto resumido por el Código Civil en su artículo 973 que dice: *"La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar"*.

meter un delito, a evadir los impuestos, a ejercer una prestación deshonesta —p. ej., la de entregarse una mujer—, etc. Tampoco tendría validez un contrato por el cual se conviniese admitir que un menor ha llegado a la mayoría de edad, etc.

HECHOS "...todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones" (art. 896).

- ACONTECIMIENTOS NATURALES (896)
- HECHOS DEL HOMBRE (896 y 897)
  - Involuntarios (897)
    - No producen obligación alguna (900).
    - Si causaren daño a otro, deberá indemnizárselo si con el daño se enriqueció el autor y en esa media (907) o si los jueces consideran razonable una indemnización de equidad.
    - Queda a salvo el derecho del damnificado contra la persona que tiene a su cargo al que obró sin discernimiento (908).
  - Voluntarios Hechos ejecutados con discernimiento, intención y libertad (897)
    - Ilícitos
      - Prohibición legal (1066).
      - Daño causado (1067).
      - Dolo, culpa o negligencia (1067).
      - La obligación se extiende al daño causado por los que están bajo su dependencia o por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado (art. 1113); al causado por el animal del que se es propietario (1133).
    - Lícitos Acciones voluntarias no prohibidas por la ley de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos (898)
      - Simples actos
        - No tienen por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de derechos (899) Sólo producen efectos jurídicos en los casos expresamente declarados por la ley (899)
      - Actos jurídicos (944)
        - Tienen por fin inmediato crear, modificar, transferir o aniquilar derechos (944)
        - Formas de los actos
        - Nulidad por prohibición del acto o falta de solemnidad requerida (1044)
        - Anulabilidad por vicios de error, violencia, fraude, simulación o lesión subjetiva (954)

En principio no se requieren formas especiales para la celebración de los actos jurídicos (art. 974) pero las excepciones son mucho más numerosas que este principio teórico ya que para cada uno de los diversos actos (testamentos, contratos, matrimonios, etc.) la ley exige determinadas formas. Las formas especialmente contempladas por el Código en esta sección son los *instrumentos privados* —en los que la firma de las partes es una condición esencial para su existencia— (art. 1012) y los *instrumentos públicos,* enumerados por el artículo 979, en los que es condición esencial para su existencia la presencia de un oficial público que obra dentro de los límites de sus atribuciones (art. 980) y que hacen plena fe de su contenido no sólo entre las partes, sino también en relación a terceros (art. 994). Tanto los instrumentos privados como los instrumentos públicos se caracterizan por la *forma escrita* y el requisito de la *firma* de las partes (arts. 988 y 1012). Dentro de los instrumentos públicos, se destacan por su importancia para la vida civil las *escrituras públicas,* pasadas por los escribanos públicos en sus libros de registro, y las *partidas del Registro Civil* (nacimientos, defunciones y matrimonios).

Para finalizar este párrafo dedicado a los *hechos* y *actos jurídicos* ofrecemos este cuadro sinóptico en el que se resume la sistematización que ofrece nuestro Código Civil, en la sección que estudiamos.

iii) Capacidad de hecho y de derecho; ejemplos

Se llama capacidad la aptitud de las personas para *adquirir derechos y contraer obligaciones* (art. 31). La capacidad o incapacidad de las personas depende exclusivamente de la ley: los particulares no pueden modificarla en forma alguna porque es una materia que interesa al orden público (art. 21). Para nuestro Código Civil la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; el artículo 52 establece que se reputan capaces todas las personas que el Código no declare expresamente incapaces.

Existen dos *clases de capacidad:* la *de derecho* y la *de hecho.* La capacidad de derecho es la aptitud de una persona para ser titular de derechos. La capacidad de hecho se relaciona con el ejercicio de los derechos, pues ejercer un derecho es ponerlo en ejecución. Se refiere pues a la aptitud de las personas de existencia visible para ejercer por sí mismas sus derechos (capacidad de obrar). Un demente, por ejemplo, sería incapaz de hecho para capaz de derecho: podría ser propietario de un campo, pero no podría enajenarlo por sí mismo.

27.2. DERECHO COMERCIAL

27.2.1. Antecedentes históricos

Entre los fenicios y los griegos, pueblos entre los cuales el comercio marítimo alcanzó gran desenvolvimiento, no cabe duda de que ya existía un derecho comercial de perfiles característicos. Es notorio que en la Antigüedad se hicieron famosas las Ordenanzas de Rodas, recopilación de normas aplicables a ese comercio marítimo.

Los romanos, en cambio, pueblo eminentemente rural y militar, no elaboraron en forma sistemática el derecho comercial, pese a contar con algunas normas aisladas atinentes a dicha materia [17]. Durante la mayor parte de la Edad Media las normas del Derecho Romano común bastaron para satisfacer las necesidades de la economía cerrada y rudimentaria que caracterizó a dicho período.

A fines de la Edad Media y en el Renacimiento, con el florecimiento de la vida comercial marítima y urbana en las ciudades italianas, se hace posible señalar con precisión el nacimiento del derecho comercial. Aparece éste como un *derecho corporativo,* aplicable a determinados *gremios,* y emanados del poder normativo particular que asumían las corporaciones para reglar sus propios intereses. Se manifiesta así el derecho comercial vinculado, más que a la industria —todavía prevalentemente artesanal—, al comercio, especialmente de ultramar y bancario y en frecuente conexión con el derecho marítimo, donde se encuentra el origen de muchas instituciones de derecho comercial (de la comandita al seguro) [18]. A favor de la autonomía corporativa, el perfeccionamiento de las comunicaciones y el comercio marítimo internacional, el derecho comercial elabora sus primeras instituciones típicas, en forma paralela, en las comunas italianas, catalanas y flamencas. Por medio de los contratos de *seguro* o de *sociedad* se cubre el riesgo o se reparten las ganancias de las fabulosas expediciones marítimas; con la *letra de cambio* se dispone de un sistema de pagos internacionales; por medio de la *quiebra* se sanciona al comerciante que no ha sabido hacer frente a sus compromisos.

Con la centralización monárquica y la formación del Estado moderno, que se lleva a cabo en la Edad Moderna y particularmente en el siglo XVII,

[17] Es de rigor la cita de la famosa *lex Rodia de iactu* tomada seguramente de la legislación marítima de la isla de Rodas. Esta ley reglamentaba las consecuencias jurídicas de la *echazón,* consistente en aligerar a un navío de parte de su cargamento por dificultades en la navegación.

[18] ASCARELLI, Tulio, "Naturaleza y posición del derecho comercial", L.L., 52-928. Seguimos en general en la exposición histórica las ideas sostenidas en este trabajo del comercialista italiano.

se señala un segundo período del derecho comercial: se altera la fuente de validez del mismo y el sentido de su autonomía. Las corporaciones, en efecto, han perdido su poder normativo. El derecho comercial, como todo Derecho, deriva ahora su validez del Estado, más o menos centralizado. El derecho comercial deja de ser entonces el derecho propio de los comerciantes: el criterio para su aplicación y distinción, de *subjetivo* que era, pasa a ser *objetivo*. El problema capital es ahora el del crédito. Durante la Edad Media, el crédito aparecía fundamentalmente como *crédito de consumo,* lo que fundaba la reprobación del cobro de intereses. Pero a raíz del tránsito de la artesanía medieval a la industria en gran escala que se inicia a fines del siglo XVII aparece el *crédito de producción,* que cumple una función económicamente útil que justifica una protección jurídica especial y el cobro de intereses. A ello responde la aparición de instituciones típicas del derecho comercial.

El derecho comercial encuentra la solución al problema que plantea la incipiente industria con la *circulación del crédito,* de modo que quien efectúa un préstamo a favor de una empresa cualquiera puede resarcirse de inmediato cediendo su crédito. La *letra de cambio* se convierte así en *título de crédito,* cuya circulación se facilita por la seguridad que comportan para el mismo los sucesivos *endosos* (cada endosante garantiza el cumplimiento de la obligación). Con la aparición de la *sociedad anónima* y el sistema de dividir el capital de las mismas en *acciones* se logra la misma finalidad (circulación del crédito) para las inversiones a largo plazo en empresas marítimas, coloniales o industriales.

La evolución se acentúa a partir de la mitad del siglo XVII, en la cual, con el triunfo del liberalismo económico, puede considerarse marcada una subdivisión en este segundo período de la historia del derecho comercial. Aparte de que las sociedades anónimas y los títulos de crédito alcanzan una regulación completa, cabe destacar que la *industria* cae decididamente dentro del derecho comercial y, en algunos países, también la especulación sobre inmuebles. Actualmente ocurre el curioso fenómeno de que los nuevos principios e instituciones que determinaron la emancipación del derecho comercial son aceptados progresivamente por el derecho común: los problemas de los contratos entre ausentes, de la representación de la separación de los patrimonios para el ejercicio de determinada actividad, de la circulación de los derechos y de la movilización de los créditos, del seguro de riesgos, se han presentado inicialmente en un campo limitado, pero constituyen hoy problemas de carácter general. En este punto de la evolución, con la progresiva "comercialización del derecho privado" tiende a esfumarse nuevamente la distinción entre derecho comercial y civil, lo que

explica que actualmente se haya propuesto repetidamente la unificación de ambos, tema que trataremos más adelante.

27.2.2. Concepto del derecho comercial. Criterios doctrinarios

Como hemos visto en el párrafo anterior, ratificando lo que ya adelantáramos al tratar las ramas del Derecho y derecho civil, la separación del derecho comercial del tronco civil del derecho privado es histórico-contingente. Buena prueba de ello es que el Derecho Romano y el anglosajón desconocen toda distinción entre derecho civil y derecho comercial. Estos antecedentes hacen posible *proponer* la unificación de ambos, aunque no se la lleve a cabo.

En los países que aceptan la distinción entre ambas ramas del derecho privado, el problema de fijar el ámbito del derecho comercial es, por lo pronto, un problema de dogmática, jurídico-positivo, cuya *solución depende de lo que establezca la ley nacional* y que no es susceptible, por lo tanto, de una respuesta general. Así, por ejemplo, la compraventa de inmuebles con propósito de lucro en algunos países es considerada *comercial,* mientras que en otros, como el nuestro, es un acto *civil.*

Pese a estas variaciones, la doctrina una y otra vez ha intentado encontrar un criterio general que sirva para orientar *—de iure condendo—* la delimitación positiva del ámbito del derecho comercial con respecto al del derecho civil, por encima de los regímenes positivos vigentes y las diversas épocas históricas. En este plano, lo primero que cabe advertir es que *el problema se plantea exclusivamente en relación a la actividad económica,* y, específicamente, en el campo de las *obligaciones* y los *contratos.* Ni en el derecho de familia, ni en el de las sucesiones, tiene nada que decir el derecho comercial, ni han traído novedad con sus instituciones. Esta salvedad ciñe el problema a sus verdaderos términos pero lo deja subsistente: el tema es pues ahora: ¿cuándo debe considerarse un contrato como correspondiente al derecho comercial y cuándo al civil? La adscripción a una u otra rama del Derecho no tiene un carácter meramente teórico, sino que de ella resultan consecuencias de orden práctico como las siguientes: elección de las normas supletorias aplicables a los casos no previstos por las partes; tribunales y procedimientos frecuentemente diferenciados; valor de los usos y costumbres, etcétera.

La vinculación que hemos destacado entre el derecho comercial y la actividad económica ha hecho buscar el criterio para la distinción de esta rama jurídica en las distintas fases de dicha actividad. El ciclo de la riqueza —producción, circulación y consumo— ha fundado así uno de los intentos de definición, atribuyéndose al derecho comercial la regulación de la *circulación.* Este criterio, si bien en parte acertado (pues todo lo que

constituye circulación cae indiscutiblemente bajo el derecho comercial), no es absolutamente correcto, dado que también se considera comercial la *producción* (p. ej., la industria) y dado que también el acto económico de *consumo* se considera frecuentemente comercial.

Otro intento, paralelo al anterior, es el que atribuye al derecho comercial las actividades propias de la *industria* y el *comercio* y reserva en cambio al derecho civil las actividades de la *agricultura*. Este criterio, es relativamente admisible si se toma en cuenta la situación actual, pero no da razón del pasado, ni puede asegurarse que servirá en el futuro. El cambio histórico en las condiciones de la explotación agrícola puede "comercializar" también este tipo de actividades, haciendo inservible el referido criterio.

Según Ascarelli, el buscado criterio de distinción se encontraría en las categorías de la *historia económica* y no en las de la economía descriptiva. La distinción encuentra así su origen en la época de las comunas italianas, con la aparición de una *economía capitalista;* la progresiva extensión de los principios "comercialistas" corresponde al desenvolvimiento de esa economía capitalista. El derecho comercial debe pues, su origen y justificación, al distinto ritmo con el cual nuevas exigencias económicas se han hecho valer históricamente. Este fenómeno, por otra parte, no es único en la historia del Derecho. Así, tanto en el Derecho Romano como en el anglosajón coexistieron simultáneamente dos ordenamientos de derecho privado, tradicional y conservador el uno y moderno e innovador el otro (en el Derecho Romano, el *ius civile* y el *honorarium;* en el anglosajón el *common law* y la *equity*). Aquel de dichos ordenamientos más dúctil a los cambios acepta en campos determinados ciertas excepciones a los rígidos principios del derecho tradicional. Más adelante, esas hipótesis excepcionales se afirman y los principios en que se inspiran se extienden a otras situaciones no previstas al comienzo y así sucesivamente [19]. La aplicación a materias particulares de normas, también particulares, constituye lo que se denomina un *derecho especial*. Puede ocurrir, en una segunda etapa, que los principios especiales así admitidos, para ciertas materias sean generalizados y aplicados a otras. Ello importa considerar con un criterio unitario una serie de situaciones, criterio que puede enfrentarse al de derecho común, lo que a juicio de algunos justificaría que —avanzando un paso más por sobre el criterio de la especialidad— se proclame la *autonomía* de una nueva rama jurídica.

El derecho comercial surgió, en este sentido, como un derecho especialmente aparecido con motivo de la organización capitalista de la economía. En su primera fase afectó solamente al comercio internacional y marítimo. Luego, al generalizarse sus principios y hacerse aplicables al comercio interno y a la industria, se manifiesta como "el derecho de las instituciones específicas del régimen económico llamado capitalista" [20].

[19] ASCARELLI, T., *op. cit.*, págs. 5-6.

Una definición de carácter general y doctrinario —tal como la expuesta— no puede dar de sí más precisión: informa un criterio general acerca de la división entre el derecho civil y comercial en los países que admiten la diferenciación; criterio general que, a más de su importancia puramente doctrinaria, puede servir para esclarecer la obra legislativa o, aun, para que jueces y juristas se pronuncien en los casos dudosos de instituciones no contempladas expresamente en los códigos de las respectivas materias. Pero es inútil pedir a la definición general y doctrinaria la decisión positiva acerca de la comercialidad de tal o cual acto o institución. Esta *solución debe buscarse, antes que nada, en cada legislación positiva, que somete dogmáticamente al imperio de la ley comercial (o civil) ciertos actos e instituciones*. De este criterio positivo, de dogmática jurídica, nos hacemos cargo, en especial referencia a nuestro Código de Comercio, en el párrafo siguiente, donde veremos qué instituciones nuestra legislación somete expresamente a la ley comercial.

Nosotros, insistiendo con el criterio expuesto más arriba al definir el derecho civil, diremos que el *derecho comercial es la rama del derecho privado sustancial nacional* [21] desprendida del tronco del derecho civil en virtud de las modalidades específicas adoptadas por el comercio y la industria en una economía capitalista. En lo que se refiere a nuestro derecho positivo diremos que el ámbito del derecho comercial está determinado por el Código de Comercio y por todas aquellas leyes que tengan, explícita o implícitamente, un carácter complementario del mismo.

[20] LYON CAEN, Gerard, "Contribución a una definición del derecho comercial", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris, año 2, nro. 4, oct.-dic., 1949, pág. 577.

[21] Conservamos en nuestra definición por género próximo y diferencias específicas el carácter de *nacional* —por oposición a internacional— pese a que muchos autores destacados señalan el carácter hasta cierto punto internacional que tienen ciertas instituciones típicas del derecho mercantil. El derecho internacional se refiere en realidad a la validez territorial de los ordenamientos o de las normas jurídicas de los Estados singulares. La pretendida "internacionalidad" de ciertas instituciones comerciales no es sino la coincidencia del contenido de las normas de diversos ordenamientos estatales. En cuanto al carácter de *sustancial*, también lo conservamos, sin desconocer por ello la naturaleza procesal o los componentes procesales de ciertos institutos mercantiles —como p. ej., la quiebra— como no negamos la posibilidad de un derecho procesal comercial.

27.2.3. Instituciones del derecho comercial

i) Letra de cambio y papeles del comercio en general

Se menciona en primer lugar la letra de cambio porque es el documento más importante y también el primero históricamente. La letra de cambio es un papel que reúne ciertas formalidades legales y por el cual una persona encarga a otra el pago de una suma de dinero a una tercera. La letra de cambio tiene una gran importancia como *instrumento de pago* internacional: por medio de ella se simplifican enormemente los pagos solventándose con una sola varias operaciones comerciales. Así por ejemplo doy a mi acreedor una letra de cambio para que un deudor mío le abone una suma de dinero y de este modo quedan canceladas dos obligaciones. Pero la verdadera importancia de la letra de cambio como *título de crédito* surge de la cláusula *a la orden* y del *endoso,* que facilitan en mucho su circulación.

Por medio de la cláusula *a la orden* [22] la persona a cuyo nombre está extendida la letra (mi acreedor del ejemplo propuesto) puede, a su vez, transferirla a un tercero mediante un simple *endoso*, es decir, estampando su firma al dorso del documento. La letra se extiende, pues, a nombre de Fulano de Tal o *a su orden*. Por medio del endoso el titular imparte esa orden indicando una tercera persona a la cual se deberá pagar la letra en cuestión. Si al indicar esa tercera persona, agrega nuevamente la cláusula *o a su orden,* a su vez esa tercera persona podrá transferir la letra por endoso, y así sucesivamente. Ahora bien, todos los que firman la letra, no sólo el que la libra sino todos los que la endosan, son *garantes* del pago que efectuará el girado o sea aquel a quien se ordena pagar la suma de dinero. Así, a medida que la letra se va cubriendo de firmas se hace más y más fácilmente circulable, pues cada vez resulta mejor garantizado el derecho que resulta de la misma. De este modo la letra actúa como instrumento de crédito, pues resulta fácil a los comerciantes obtener crédito o embolsar de inmediato el dinero adelantado por la letra, cediéndola por el endoso a cambio de una suma de dinero.

El titular de la letra, ya sea aquel a cuyo nombre está librada o aquel que la recibe después de una cadena ininterrumpida de endosos, tiene un derecho contra cada uno de los firmantes de la letra por el pago íntegro de la suma de dinero en cuestión. Este derecho se ha independizado de las relaciones entre las partes que dieron nacimiento al papel. *La letra no es un mero documento que sólo acredita la existencia de una obligación, sino que es la fuente de la obligación*. Por medio de la letra aparecen vinculados como acreedor y deudor dos personas que, quizá, no se conocen ni han tratado nunca entre ellas. He aquí la novedad enorme que en los *principios* del derecho civil introduce el derecho cambiario.

Otro documento muy importante es el *pagaré a la orden,* en el cual una persona se compromete a pagar en una fecha determinada una suma de dinero. No hay aquí un tercero a cuyo cargo se gira la letra, sino que el mismo librador es el deudor principal del papel.

La regulación jurídica de la letra de cambio y el pagaré está contenida en el decreto-ley 5965/63 ratificado por la ley 16.478.

ii) Sociedades comerciales

Cuando dos o más personas se unen, poniendo en común bienes o industria para practicar actos comerciales y con propósitos de lucro, la sociedad —institución que figura ya en el derecho civil— se tipifica como sociedad comercial.

La ley 19.550, que rige la materia entre nosotros desde 1972, agrega otro requisito: que la sociedad se organice conforme a uno de los tipos previstos en la misma.

La ley prevé varios tipos de sociedades; en la *sociedad colectiva* los socios responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones de la sociedad; en la *sociedad en comandita simple* hay otros (comanditarios) que suministran solamente una suma de capital y se obligan nada más que en esa medida; en la *sociedad de capital e industria,* uno o más socios se limitan a aportar su industria y tienen una participación en las ganancias. Pero las formas más importantes de sociedad comercial son aquellas en que se aporta una porción de patrimonio y se la afecta a la sociedad sin que los socios estén obligados a responder más allá de la cuota estipulada. Estas sociedades, en las que se ve claramente jugar un principio novedoso con relación a la concepción tradicional civilista, están representadas actualmente por tres grupos: a) las *sociedades de responsabilidad limitada,* que deben hacer constar en su denominación ese carácter por medio del aditamento "sociedad de responsabilidad limitada", o la sigla "S.R.L."; el capital social se divide en cuotas; b) las *sociedades anónimas,* una de las creaciones más importantes del derecho comercial. En la *sociedad anónima* los socios desaparecen del primer plano que pasa a ser ocupado por el capital. Éste se divide en fracciones pequeñas que, con el nombre de *acciones,* son representadas por títulos nominativos o al portador. La *acción,* por su parte, es transmisible, generalmente por la vía de un simple endoso o por el simple traspaso manual (acciones al portador).

[22] Algunas legislaciones suprimen este requisito: la letra sin cláusula alguna es transmisible por endoso y para evitar que esto suceda se hace necesario inscribir la cláusula *"no a la orden"*.

Los negocios de la sociedad son dirigidos por un directorio nombrado por los accionistas. Con el mecanismo de la *sociedad anónima* se consiguen reunir grandes masas de capital para empresas de envergadura, con las ventajas para los socios de no estar ligados definitivamente a la sociedad y de poder recuperar en cualquier momento el importe de su capital vendiendo sus acciones particularmente o en la Bolsa. Las sociedades anónimas son objeto de una vigilancia particular por el Estado y requieren su autorización previa para poder funcionar como tales; c) *las sociedades en comandita por acciones,* en las cuales el capital comanditario es representado por acciones y que se rigen en general por las reglas aplicables a las sociedades anónimas.

El 9 de septiembre de 1983 se sanciona la ley 22.903 que reforma ochenta artículos de la ley 19.550 e incorpora diecisiete artículos que receptan los contratos de colaboración empresaria, que incluyen las agrupaciones en colaboración y las uniones de empresas. Las modificaciones introducidas por esta ley, han sido, en general, consecuencia de los pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales más significativos producidos desde 1972.

iii) Bolsas y mercados

Son lugares donde se centraliza la oferta y la demanda de títulos, valores y mercaderías, con objeto de facilitar a los comerciantes las transacciones sobre los mismos. En el recinto de la Bolsa rige el reglamento de la misma (aprobado por el gobierno o consentido por las partes interesadas) y las transacciones se cierran en la forma breve y expeditiva que prevé dicho reglamento.

iv) Quiebra

Es el procedimiento a seguir a raíz de la cesación en sus pagos o el incumplimiento de obligaciones comerciales en que incurra un comerciante, procedimiento que es paralelo del *concurso civil* de los no comerciantes. La quiebra es principalmente un instituto de derecho comercial procesal, pero en su reglamentación se encuentran también disposiciones y consecuencias de carácter sustancial.

En sus orígenes la quiebra era un procedimiento ominoso para el fallido. En la actualidad sus consecuencias tienden sobre todo a: 1) hacer efectivos los créditos de los diversos acreedores mediante la *liquidación del patrimonio del fallido* y 2) *a garantizar la igualdad de todos los acreedores* impidiendo los arreglos o connivencias por los que alguno resultase favorecido en perjuicio de otro.

Desde 1972, por obra de la ley 19.551, la quiebra ha sido englobada junto con otros procedimientos concursales —incluyendo los concursos civiles— entre los que destacan el concurso preventivo y la liquidación administrativa (sin quiebra).

Esta ley ha sido modificada en 1995 por la ley 24.522.

27.2.4. Relaciones con el derecho civil

Cuando el derecho comercial fue integrado en el derecho estatal de los diversos países europeos se dictan entonces en Francia la Ordenanza de 1673-1681 (conocida como de Colbert) y en España las Ordenanzas de Bilbao (1737). Pese a que estas ordenanzas repetían muchas de las disposiciones nacidas de los usos y costumbres de los comerciantes en los diversos países marítimos, lo cierto es que derivan su validez, no ya de dichas prácticas sino de la soberanía estatal. Y el derecho privado estatal era ni más ni menos que el derecho civil salvo, precisamente, la ordenanza comercial en cuestión.

Ese criterio —aplicación supletoria del derecho civil— aparece nítidamente en la Ordenanza de erección del Consulado de Buenos Aires (1796), en la que se determina que las cuestiones entre comerciantes que no pudiesen ser resueltas por aplicación de esa Ordenanza o por las Ordenanzas de Bilbao, se resolverían por la aplicación supletoria de las Leyes de Partida, esto es, la legislación común o civil. Nuestro Código de Comercio establece, en la misma línea, que: "En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil" (art. I, Título Preliminar) y *"El derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales"* (art. 207).

Para algunos autores clásicos (Obarrio, Siburu) estos dos artículos no dan lugar a ninguna duda en su interpretación: consagran la teoría tradicional sobre las relaciones entre el derecho civil y el comercial. El derecho comercial sería, según esta teoría, un *derecho de excepción.* En consecuencia, sus preceptos serían de interpretación restrictiva y no aplicables por analogía.

Para otros autores más modernos no es ése el alcance de las disposiciones trascritas y, por consiguiente, nuestra ley no atribuye un carácter meramente excepcional al derecho comercial. Según esta interpretación, el Código Civil debe efectivamente aplicarse a todas las instituciones o situaciones no legisladas o reglamentadas por el Código de Comercio (p. ej., en lo que se refiere a la teoría general de las obligaciones). Pero en lo relativo a las instituciones especialmente reglamentadas por el Código de Comercio (p. ej., letra de cambio o sociedades comerciales) no hay por qué recurrir en forma inmediata al Código Civil para resolver las situaciones no previstas expresamente por aquél. A falta de disposición expre-

sa debe acudirse en primer término a los principios que gobiernan la institución especial de que se trate y a los usos y costumbres del comercio, antes que aplicar las disposiciones civiles relativas a una institución o situación parecida pero legislada con otro criterio y de la cual ha querido apartarse el derecho comercial. A la luz de estos puntos de vista el derecho comercial no sería un simple recuadro o rama de excepción dentro del derecho civil sino algo más: un *derecho especial,* nacido en relación a situaciones de hechos peculiares y con un desarrollo propio, paralelo al del derecho civil. El apartado I no implicaría reducirlo a la categoría del derecho de excepción; sólo importaría la consagración de un caso especial del principio general de la aplicación de las leyes análogas, establecido por el artículo 46 del Código Civil.

La verdad es que entre el derecho civil y el comercial existen muchas *diferencias,* si tomamos al derecho civil en su conjunto y no lo limitamos al campo de las obligaciones y contratos. Las instituciones del derecho civil son muy estables, pues surgen en el seno de la sociedad respondiendo a exigencias y necesidades fundamentales, por lo que los cambios son en general lentos. El derecho civil está en estrecha conexión con las peculiaridades de una sociedad determinada, pues se ocupa de las instituciones básicas en que ella se desenvuelve: la familia, el matrimonio, las sucesiones, la propiedad, etcétera. Las instituciones del derecho comercial, por el contrario, se refieren no ya a los pilares fundamentales de la sociedad sino a ciertas relaciones económicas de los hombres. El derecho comercial, de acuerdo con ello, es más móvil y menos solemne: los contratos se cierran con un cambio de cartas o con la remisión de las mercaderías; los créditos se transmiten con gran facilidad así, la letra de cambio pasa de una persona a otra mediante un simple endoso, sin que sean necesarias las formalidades que exige el derecho civil para la cesión de créditos; la apreciación de la prueba es más libre; las sanciones por incumplimiento de obligaciones son más severas pues están comprometidas la buena fe y la confianza que deben reinar en el comercio; los usos y costumbres tienen un valor mucho más grande como fuente de Derecho y como elemento de la interpretación de la voluntad de las partes.

Nuestro Código de Comercio no consagra expresamente —como otros— el valor de los usos y costumbres mercantiles como fuente de Derecho. Por el contrario, ya hemos señalado que contiene en sus artículos I del Título Preliminar y 207 una remisión al Código y al derecho civil, para los casos no contemplados especialmente (aplicación supletoria del derecho civil). Si a estos antecedentes unimos lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 17 (que sería aplicable al derecho comercial en virtud de dicha remisión) —en cuanto retacea a la costumbre el valor de fuente— llegaríamos a la conclusión de que, en principio, los usos y costumbres no tienen valor de fuente en derecho mercantil, adquiriéndolo solamente por excepción "cuando las leyes se refieren a ellos". Dice, en efecto, el mencionado artículo 17: *Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o "en situaciones no regladas legalmente".*

Sin embargo, incluso dentro de esta interpretación estrecha y civilista se abre un ancho campo a la admisión de los usos y costumbres como fuente del derecho comercial. En efecto: *el Código de Comercio se refiere expresamente al valor de la costumbre en dos artículos y la admite en ellos como fuente en todo lo que se refiere a interpretar la voluntad de las partes, los actos y convenciones mercantiles y el sentido de las palabras y frases técnicas del comercio.* Los textos pertinentes del Título Preliminar son los siguientes:

Art. II: *"En las materias en que las convenciones de las partes pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener según la voluntad presunta de las partes".*

Art. V: *"Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones mercantiles".*

Como el derecho comercial se desenvuelve principalmente en el campo de las convenciones y los contratos, y como en este amplio campo no se encuentra normalmente comprometido el orden público sino que gobierna el principio de la autonomía de la voluntad, a través de la interpretación de la voluntad de las partes y del sentido de las frases técnicas del comercio, se abre como decíamos, una ancha vía a la aplicación de la costumbre. La práctica de las transacciones comerciales ha consagrado así numerosas cláusulas que tienen un valor preciso determinado por la costumbre —así p. ej. la cláusula C.I.F. *(cost, insurance, fleet:* costo, seguro, flete) o la cláusula F.O.B. *(free on board:* puesto a bordo libre de gastos)— valor que tiene verdadera fuerza ya que, si bien según los artículos transcritos parece ser facultativo del juez remitirse a la costumbre, de hecho la inclusión de una cláusula de tipo consuetudinario revela la sumisión voluntaria de las partes a la costumbre, lo que obliga al juez a acatarla tal como las partes han entendido hacerlo.

Por otra parte, como ya hemos visto al comentar el carácter supletorio que se atribuye al derecho civil con relación al derecho comercial, la doctrina más moderna sostiene que dicho carácter supletorio se refiere únicamente a las instituciones no contempladas en el Código de Comercio.

En el campo de las instituciones especialmente legisladas en este último, en los casos no contemplados o dudosos, debe acudirse a los principios que gobiernan la institución en cuestión y a los usos y costumbres mercantiles, antes de buscar la solución en una disposición civil que contempla una situación distinta y de la cual, precisamente, el derecho comercial ha querido apartarse. Según esta doctrina, los usos y costumbres comerciales no caen bajo la restricción del artículo 17 del Código Civil y deben servir de fuente del derecho comercial, aun en supuestos en que la ley no se remita a ellos ni los regule. Cabe consignar, en fin, que en algunos casos la costumbre comercial ha puesto en evidencia su fuerza derogatoria de las disposiciones legales. Así ocurre, por ejemplo, en el campo del derecho marítimo, en que la fuerza de las cosas ha llevado a la derogación consuetudinaria de muchísimas disposiciones legisladas para el tiempo de la navegación a vela. En el campo del derecho comercial común tenemos un curioso ejemplo en el "cheque cruzado" (que sólo puede ser cobrado por un banco), aunque se omita poner entre las barras las palabras "no negociable" que exigía el artículo 820 del Código de Comercio.

La unificación del derecho privado. Bajo este título comprendemos un tema que apasiona a los civilistas y comercialistas contemporáneos: el de la posibilidad, oportunidad y conveniencia de abolir la distinción entre derecho civil y comercial, unificando las reglas relativas a las *obligaciones y contratos* y a algunas otras instituciones englobándolas dentro del derecho privado común.

La verdad es que la unidad de la vida económica actual se opone en cierto modo a la separación entre derecho civil y comercial. El comercio ha dejado de ser hoy monopolio de una clase, para convertirse en una función de la que participan todos los miembros de la comunidad. A menudo se suscitan dificultades a las partes y cuestiones de competencia de los tribunales, cuando se hace necesario determinar si son o no comerciantes los constructores de obras, los empresarios de teatros, las empresas periodísticas, los farmacéuticos, etcétera. Cabe señalar que en Suiza, por circunstancias peculiares [23], rige un Código único de las obligaciones y que

[23] En 1874, el Parlamento Federal de Berna recibió por la Constitución poder para dictar un Código de las obligaciones: el derecho civil común quedaba reservado a los cantones (Estados federales). Se pensó primeramente federalizar tan sólo el régimen de las obligaciones comerciales, pero en 1881 se dictó un Código de las obligaciones que unificaba para todo el país la materia sin distinciones entre derecho civil y comercial. Cuando más tarde el Parlamento recibió autorización para dictar un Código Civil común para todos los cantones, no se abandonó la unificación ya cumplida en aquel campo del derecho privado. Ver DAVID, René, "La noción del derecho civil", *L.L.*, 18-IV-1947, pág. 1.

Inglaterra y Estados Unidos, países de avanzadísimo desarrollo comercial, aplican indistintamente sus leyes de quiebra a comerciantes y no comerciantes. Entre nosotros, el Primer Congreso de Derecho Comercial realizado por la Facultad de Derecho de Buenos Aires en 1940 resolvió que "es conveniente la sanción de un código único de las obligaciones que incluya todas las obligaciones civiles y comerciales cuya existencia sería perfectamente compatible con la subsistencia en la Constitución de los atributos del Congreso de sancionar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería" y también que "debe unificarse el régimen de la quiebra y del concordato para todos los deudores civiles y comerciales, sin perjuicio de que la ley contenga preceptos especiales aplicables sólo a los comerciantes, o excepciones respecto de los deudores civiles".

CAPÍTULO 28

DERECHO DEL TRABAJO (SOCIAL)

CAPÍTULO 28

DERECHO DEL TRABAJO (SOCIAL)

28.1. CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA

La denominada *"Revolución Industrial"* [1] —que ocurre en Inglaterra a fines del siglo XVIII— determinó, juntamente con la formación de grandes núcleos obreros y un enorme aumento de la densidad de la población urbana, una variación esencial en las condiciones del trabajo. Disueltas las antiguas *corporaciones medievales* por la Revolución Francesa —en nombre de la *libertad de trabajo*— mediante la famosa ley Le Chapellier de 1791, el obrero, nominalmente protegido en su "libertad" por la ley, en los hechos se encontró aislado para hacer frente a las nuevas condiciones económicas y técnicas que convertían su trabajo en una mercancía, sujeta a la ley de la oferta y la demanda [2]. Ninguna limitación en-

[1] A mediados del siglo XVIII ocurrieron en Inglaterra varios hechos que promovieron la Revolución Industrial a que nos referimos:

1) La técnica de los telares cambió sustancialmente con las máquinas a fuerza motriz (Kay, J., - Hargreaves, J. - Arkwrisht, R. - Crompton, S. - Cartwright, E.) que abarataron los productos y permitieron a Inglaterra conquistar muchos mercados;

2) Al perfeccionar Watt la máquina de vapor se extrajo el agua de las minas y se aumentó la producción de carbón. A la vez, Derby pudo alimentar altos hornos e impulsar la siderurgia.

3) Los primitivos talleres y manufacturas quedaron rezagados al iniciarse la fabricación en serie de piezas intercambiables (Whitney, 1792).

4) La evolución de Stephenson y la navegación a vapor hicieron necesario que los centros fabriles estuvieran cerca de los lugares de producción de las materias primas o de los puertos o canales navegables, lo que abarató el acercamiento de los productos a los lugares de consumo.

[2] ¿Cuál era el precio de esta "mercancía"? Estaba, como toda mercancía, en proporción directa a la demanda e inversa a la oferta de trabajo y también, como toda mercancía, tenía un precio límite mínimo del que no podía bajar, el *costo de producción,* al que tiende a acercarse indefinidamente el precio. Tales eran las leyes precisas e inexorables de la economía clásica. ¿Cuál es el costo de producción de la mercancía trabajo?; lo necesario para que un obrero subsista y procree. Tal el veredicto terrible de la economía clásica del

contró inicialmente la voracidad de los industriales y capitalistas: la jornada de catorce o dieciséis horas, el trabajo de las mujeres y de los niños, el pago en bonos contra proveeduría de la misma fábrica *(truck system)*, el sistema de expoliación *(spoil-system)*, etcétera, fueron medios comunes de aumentar las ganancias y de sumergir a toda una clase numerosa de hombres, sembrando un resentimiento duradero.

Estas condiciones *técnicas, económicas y sociológicas* imperantes motivaron la formación de un movimiento obrero internacional de carácter *socialista* y *sindicalista* —con algunos ribetes subversivos anarco-comunistas—, de tal pujanza que obligó a los gobiernos a atender los tremendos problemas que estaban en su raíz. Para ello se hizo indispensable reemplazar progresivamente el ideal liberal del *abstencionismo (laissez faire, laissez passer...)* por el *intervencionismo estatal,* que se concretó en una serie de leyes tendientes a impedir la explotación de la clase trabajadora, facilitada por la abundancia de la mano de obra en zonas industriales.

Este conjunto de leyes dio cuerpo a lo que se denominó *legislación de trabajo, legislación obrera o legislación social,* y más adelante, sistematizados sus principios generales por obra del estudio y sentados sus caracteres específicos, *derecho del trabajo, derecho obrero, derecho social.* Pese a que esta nomenclatura plural alude sin mayores equívocos al objeto de nuestra disciplina, con el objeto de mantener cierta precisión terminológica especificaremos a continuación los matices aludidos en los diversos nombres, de acuerdo con su acepción más generalizada:

La expresión *derecho social* asume un *sentido amplio,* que, según los distintos autores comprende: a) *el derecho del trabajo stricto sensu*; b) el de la *seguridad social* [3]; c) el relativo a la organización o *planeamiento* de la economía por el Estado (derecho económico, *Welfare State*); d) el relativo al régimen de ciertos *cuerpos intermedios* (asociaciones gremiales o patronales, sindicatos, corporaciones de productores, etc.); dotados

liberalismo sobre este tema tremendo del trabajo. En un mercado libre sujeto a las leyes de la oferta y la demanda el salario del obrero no calificado tiende a ser equivalente a la suma necesaria para que ese obrero subsista y procree: es la denominada por Lasalle *"ley de bronce"* de los salarios. La efectividad de esta ley económica en el plano de los hechos creó las masas de "proletarios", es decir, de los que no tenían otro bien que su prole. La indignación de las masas y el resentimiento contra gobiernos y Estados que permitían ese estado de cosas, generó aquel: "Proletarios del mundo: ¡uníos!", grito de guerra del comunismo internacional.

[3] Después de la reforma constitucional de 1956-57 la denominación "derecho del trabajo y seguridad social" tiene valor dogmático entre nosotros, pues es la usada por los constituyentes (art. 75, inc. 12).

eventualmente de algunas facultades normativas. Estos distintos aspectos tienen en común el estar informados por una concepción *no individualista* [4] que destaca la interdependencia de los hombres en la sociedad, o sea la *solidaridad,* que nos parecer ser, entre todos los valores jurídicos, el más particularmente exaltado en estos sectores del Derecho. Una particular aplicación de la *justicia (justicia social)* que procura dar más al que tiene menos —dentro del "dar cada uno lo suyo" de la definición tradicional de la justicia—, son también características del derecho social.

La *seguridad social (o previsión social)* se distingue de la *individual.* En la seguridad social existe el resguardo contra acontecimientos futuros —ciertos o inciertos— de carácter dañoso o desfavorable (enfermedad, vejez, accidentes, paro forzoso, etc.). La previsión individual adopta la forma del ahorro y de los seguros privados. La previsión social, en cambio, adopta las formas de las *jubilaciones* (o "sueldos diferidos"), de las *pensiones* (vejez, invalidez, etc.) y de los *seguros sociales.* La *asistencia social,* en fin, llega allí donde no alcanza la previsión y se distingue de ésta porque, en general, no representa para el beneficiario un derecho exigible.

Nos ocuparemos especialmente del *derecho del trabajo,* pero antes de hacerlo por nuestra cuenta y para perfilar con caracteres nítidos la *evolución que la concepción jurídica sobre dicha materia ha sufrido hasta nuestros días,* cedemos la palabra a un maestro ilustre, Gustav Radbruch:

"En el *orden jurídico romano,* la relación del trabajo se hallaba fundada sobre los *derechos reales:* el operario era un esclavo, una propiedad del señor, una cosa. Sólo un derecho que estaba acostumbrado a considerar al obrero como una cosa podía aproximar incluso en la denominación el arrendamiento de servicios al arrendamiento de cosas. Por el contrario, la *Edad Media* fundó la relación de trabajo sobre los *derechos personales:* el deber de trabajo se desprende de la categoría personal; el vasallaje *(norigkeit)* obliga a prestaciones personales para con el señor, pero al propio tiempo concede frente a éste un derecho a protección y asistencia, creando así una mutua relación de fidelidad. Finalmente, la *Edad Moderna* apoya la relación de trabajo sobre el derecho de crédito, sobre el *contrato libre.* Esta libertad jurídico-formal de contratación significaba ciertamente libertad para la parte económica más fuerte, para el patrono, el cual puede esperar hasta que se le solicite trabajo; pero de ningún modo para la otra parte más débil, para el obrero, el cual, contando sólo con el patrimonio de sus brazos y llevando el estómago vacío, tiene que aceptar

[4] Puede verse AFTALIÓN, Enrique R., *Del Derecho Individual al Derecho Social. Aproximación y Crítica a una Mística Jurídica Contemporánea* (tesis doctoral), Buenos Aires, 1936.

el trabajo allí donde lo encuentra y tal como lo encuentra; tiene que someterse de grado o por fuerza a las condiciones que le ofrece la otra parte. Bajo la apariencia de libertad o igualdad en ambas partes implica, en realidad, bajo distinta forma jurídica, el sistema superado de la servidumbre de los operarios; con la sola diferencia, en contra, de que tal sistema, si bien convertía a las distintas clases de siervos en una especie de propiedad del señor territorial, le imponía a éste el deber de protección y asistencia para con los hombres a él confiados; mientras que el sistema de libertad contractual (existente en apariencia) limita las relaciones entre el patrono y el obrero únicamente a los deberes contractuales mutuos, prescindiendo de todo fondo ético-social. La relación de servidumbre medieval fue ciertamente una institución jurídica que violaba la dignidad humana; pero una relación que al hacer descaradamente a los hombres objeto de ella estaba configurada precisamente para este objeto, es decir, para el hombre, y por esto se hallaba impregnada de moralidad social. El sistema de libertad contractual ve en la relación de trabajo únicamente el cambio de dos bienes patrimoniales, que considera homogéneos: trabajo y salario; desconoce, pues, que el trabajo no es un bien patrimonial como los demás, que al fin y al cabo no es algo distinto del hombre entero. Y en correspondencia con aquella idea, el sistema de libertad contractual estructura la relación del trabajo como si la fuerza de éste fuese una cosa y no un hombre.

"La misión del *nuevo derecho obrero* estriba en conceder validez a los *derechos humanos del operario* y estructurar el vínculo de trabajo como una relación jurídico-personal sobre un nuevo plano, sobre el plano de la libertad personal. El derecho obrero es una organización contra los peligros de la libertad contractual jurídico-conformal en el campo de las relaciones de trabajo; ora poniendo inmediatamente límites legales a dicha libertad, gracias a preceptos "taxativos" o "imperativos" (protección del obrero); bien ligando el contrato individual de trabajo entre el obrero y el patrono a los contratos colectivos concluidos entre las asociaciones de empresarios y obreros (contratos de tarifa); bien concediendo ineludibles efectos jurídico-públicos al hecho del contrato de trabajo (como, p. ej., los derechos y deberes del seguro social y de la constitución de empresa); bien, finalmente, promoviendo el ajuste de contratos colectivos de trabajo, estableciendo medidas de previsión para el caso de que no se obtenga su ajuste y tratando de remediar la inseguridad de posición producida por la libertad contractual (bolsas de trabajo y asistencia a los parados)" [5].

[5] RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Ciencia del Derecho,* Madrid, 1930, págs. 115-116. La bastardilla es nuestra.

En resumen podríamos sintetizar, por nuestra parte, la evolución sufrida por la materia diciendo que las ideas del *trabajo-mercancía* y de la plena *autonomía de la voluntad* —que anidaban en la concepción civilista de la locación de servicios— han caído ante la concepción *social del trabajo como expresión de la personalidad humana,* cuya dignidad física y espiritual debe ser tutelada por el Estado.

28.2. LOCACIÓN DE SERVICIOS Y CONTRATO DE TRABAJO. DEFINICIÓN DEL DERECHO LABORAL

Nuestro Código Civil, apegado a la tradición romanista y anterior a la revolución industrial en nuestro país, no contempló adecuadamente los diversos problemas del derecho del trabajo. Dedica a la materia unos pocos artículos del 1623 al 1628. El sistema del Código puede resumirse así: deja la materia librada a la *autonomía de la voluntad* (libertad de contratación); la trata como una parte de los contratos, junto a la locación de cosas; define el contrato de locación de servicios (art. 1623).

De todos los artículos citados es indiscutiblemente fundamental el 1623, que define la materia según la concepción romano-civilista:

Artículo 1623. *La locación de servicios es un contrato consensual... Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. Los efectos de ese contrato serán juzgados por las disposiciones de este Código sobre las Obligaciones de hacer.*

El contrato de trabajo se presenta a nuestro ordenamiento no como un nuevo instituto, destinado a contemplar un fenómeno absolutamente nuevo, sino simplemente como un nuevo esquema que absorbe algunos de los casos de locación de servicio, locación de obra o mandato que se presentan con determinados caracteres comunes, en consideración de los cuales nuestro legislador quiere otorgarles una regulación especial, que modifica sustancialmente la que ofrecían o continúan ofreciendo los códigos de fondo. ¿Cuáles son dichos caracteres comunes que abarcan diversas categorías del derecho civil y que constituyen lo específico del *contrato de trabajo*? "Existe *contrato de trabajo subordinado* (contrato de trabajo en sentido específico) cuando éste importa una relación de dependencia de carácter *continuativo*" [6]. Los caracteres "específicos" del contrato de trabajo que interesan al derecho de trabajo son, pues, dos: *continuidad* y trabajo *subordinado* (o en relación de *dependencia*).

[6] DEVEALI, Mario L., *Lineamientos del Derecho del Trabajo,* 3ª ed., Buenos Aires, 1956.

La opinión que conecta la definición del derecho del trabajo a una figura original, el *contrato de trabajo,* y determina el ámbito de la materia de acuerdo con las notas específicas de dicha figura contractual es indudablemente la más generalizada pero no la única. Los intentos de definición del derecho laboral podrían, en rigor, ser sistematizados del siguiente modo:

1) definiciones que requieren la materia a sus *elementos más generales* (trabajo, trabajadores, clase trabajadora);

2) definiciones que se asientan sobre la *finalidad del derecho* (protección moral y material de los trabajadores, etc.);

3) definiciones que reducen la materia a las relaciones derivadas del *contrato individual de trabajo;*

4) definiciones que se refieren a *todas las relaciones jurídicas del trabajo.*

Sin definir la aguda polémica doctrinaria sobre la materia, entendemos que la opinión que limita el derecho del trabajo al contrato de trabajo es insuficiente, dado que no puede incluir sin esfuerzo un campo amplio de relaciones que indudablemente corresponden a su ámbito. Así, por ejemplo, los derechos constitucionales del trabajador o, también, el estatuto de las asociaciones profesionales *(derecho sindical).* Pensamos, por nuestra parte, que la definición de la materia, si bien debe referirse a sus elementos más generales (concretamente, al trabajo), *no debe descuidar el definido contenido axiológico que la inspira* (solidaridad, seguridad y justicia social). No desconocemos con ello el carácter central que, indiscutiblemente, tiene en la materia la regulación de las relaciones emergentes del contrato de trabajo, ni tampoco la importancia del vínculo de dependencia o subordinación que se tiene generalmente en cuenta en las leyes de la materia. No obstante, es indudable que el derecho laboral positivo puede (efectivamente lo hace) apartarse de dichas notas dominantes para someter a su contenido determinadas instituciones o materias en que ellas no se dan. Se concluye de aquí que, máxime tratándose de una materia en constante evolución, conviene que las definiciones doctrinarias, a riesgo de ser imprecisas, no constriñan excesivamente su extensión so pena de colocarse en un momento dado en conflicto con el derecho positivo y en trance de caducar [7].

[7] Ha observado atinadamente Eduardo R. Stafforini que se pensó inicialmente que el objeto de la legislación del trabajo era reglamentar jurídicamente el contrato de trabajo, definiendo a éste por la nota de "dependencia"; pero que como el derecho de trabajo no sólo ha ampliado su ámbito personal sino que ha instituido nuevos beneficios cuya aplicabilidad no podía condicionarse al solo requisito de la dependencia, comienza un proceso de limitación del concepto con otras notas: permanencia, profesionalidad, colaboración en el fenómeno productivo, incidencia en el riesgo, exclusividad.

28.3. FUENTES

En lo que respecta particularmente al derecho laboral es necesario mencionar una peculiar institución que, aunque en última instancia se apoya en una *ley* o una *costumbre,* cobra especial relevancia. Aludimos a las *convenciones colectivas o contratos colectivos de trabajo, institución* vertebral del derecho del trabajo de nuestros días. En la convención colectiva se establece un real equilibrio —y no un equilibrio meramente formal como en el contrato individual— entre las partes —patronal y obrera— en el contrato de trabajo; el obrero no contrata solo y sometido por el poderío de la presión económica, sino que contrata colectivamente, representado a ese efecto por el gremio, asociación profesional o *sindicato* [8]. De este modo, restablecido un real equilibrio entre las partes contratantes, la convención colectiva deviene el medio de regulación democrática de las condiciones de trabajo, caracterizado por la gran adaptación a las condiciones imperantes en cada industria y gremio, yéndose así, mediante el *estatuto profesional* respectivo, a una progresiva especialización o especificación de derecho laboral [9].

El contrato colectivo presenta una importante novedad en la teoría de los contratos y en la de las fuentes en general, novedad derivada de la influencia del derecho público en esta rama del Derecho. Las condiciones de trabajo pactadas en la convención colectiva adquieren, en efecto, el carácter de *norma general (ley) de orden público de la que no pueden apartarse los contratos individuales* aunque en ello se pongan de acuerdo pa-

Según el mismo autor, debe tenerse en cuenta el contenido axiológico que lo inspira, primordialmente *el fin del derecho del trabajo que no consiste meramente en reglar el contrato de trabajo sino en la protección moral y material de los trabajadores, en el reconocimiento de sus derechos y en el imperio de seguridad y justicia sociales.* En definitiva, corresponde a la ley determinar las características que debe revestir una actividad para que sus disposiciones sean de aplicación (STAFFORINI, Eduardo R., "Necesidad de revisar el actual concepto de contrato de trabajo", revista *Derecho del Trabajo,* Buenos Aires, febrero de 1950).

[8] La Tercera Conferencia Internacional de Estadística del Trabajo reunida en Ginebra votó una resolución definiendo el convenio colectivo de trabajo como "la convención escrita, establecida entre uno o más empleadores o una o más organizaciones patronales por una parte y varios obreros, o una o más organizaciones obreras por la otra, con el objeto de determinar las condiciones individuales de trabajo y, en ciertos casos, reglamentar otras cuestiones que afectan al mismo".

[9] El *convenio colectivo del trabajo* ha sido el instrumento que paralelamente a la *organización sindical* ha servido para transformar por completo las condiciones del trabajo en la Argentina.

La nueva institución alcanzó la regulación legal al sancionarse la ley 14.250 sobre convenciones colectivas de trabajo.

trono y obrero. Sería inútil explicar el contrato colectivo por la figura tradicional del *mandato* o la representación del derecho común, ya que en esta última figura el mandante siempre puede revocar el mandato y recuperar la plena capacidad de disposición. En verdad, sólo puede concebirse adecuadamente la figura del contrato colectivo como la *creación descentralizada de una norma general obligatoria con un ámbito de validez personal restringido a un sector de la población.* Es de notar que el Estado puede incluso llegar a extender el ámbito personal de validez —primitivamente limitado— del contrato colectivo, convirtiéndolo lisa y llanamente en norma general o ley común, válida para toda la industria en una zona o en todo el país.

El contrato colectivo tiene, naturalmente, estrecha conexión con el régimen de las *asociaciones gremiales* y su origen debe cifrarse como un "hecho" a partir del "hecho sindical": el contrato colectivo de trabajo, como muchas otras instituciones significativas, originariamente deriva su validez de la *costumbre,* fuente normativa madre, para ser después reconocido y reglamentado por la *ley.*

En íntima conexión con el carácter extraordinario del contrato colectivo como fuente normativa se encuentra una especial clase de *sentencias:* las que deciden *conflictos colectivos.* También aquí se admite por la mayoría de las legislaciones, que la sentencia que decide un conflicto colectivo abarca los intereses de aquellos que no han sido parte del proceso: los empleadores o trabajadores que no han participado en el proceso se benefician o perjudican con la decisión del tribunal, siempre que pertenezcan a la misma categoría profesional interesada en el conflicto. Se trata, evidentemente, de una lógica consecuencia de lo determinado en el punto anterior, ya que si los derechos emergentes de un contrato colectivo fueran desconocidos también en forma colectiva nada se habría ganado si fuera necesario hacerlos valer en sinnúmero de procesos individuales. La creación contractual (entre partes) de una norma general arrastra consigo, como lógica consecuencia, que en caso de conflicto colectivo la actualización de su contenido por el juez también ha de revestir alcance general. Es indiferente que el órgano sea propiamente un juez, una comisión paritaria, una repartición administrativa del Estado, etcétera, pues para el caso dicho órgano funciona siempre del mismo modo: como órgano de interpretación que dicta una norma general.

En cuanto a la *ley,* como fuente del derecho laboral, recordemos solamente que por sobre la legislación específicamente laboral se encuentra la Constitución Nacional y que en forma supletoria conservan su vigencia el Código Civil y también el Código de Comercio. Es de notar que mientras las constituciones del siglo XIX se limitaban, en general, a una referencia a la libertad de trabajar, las constituciones contemporáneas se caracterizan por la abundancia de disposiciones "sociales".

28.4. CARACTERES

El derecho del trabajo, profundamente *"social"*, de protección de la clase obrera o trabajadora, tiende hoy hacia una transacción entre el interés patronal y el de los trabajadores para contribuir así a la paz social, a una más justa distribución de la riqueza y a la vez a una mayor productividad, para el bien de toda la comunidad.

En cuanto al carácter *nacional* o *local* de la potestad para dictar leyes laborales, la circunstancia de que la Constitución de 1853 no enumerara a un código de trabajo entre los que debía dictar el Congreso nacional permitía controversias al respecto. Por otra parte, al iniciarse nuestra legislación laboral, mientras algunas leyes se dictaron con carácter nacional se asignó a otras su alcance puramente local, sin aclararse siempre debidamente los criterios que informan esta distinción. La inclusión, en la reforma constitucional de 1956-57, del *Código del Trabajo y Seguridad Social* entre los que el Congreso de la Nación está facultado para dictar, elimina toda duda acerca de las facultades del poder central consagrando, de paso, la *autonomía* de la materia, al menos en el plano legislativo. Pero es menester distinguir netamente: a) las *leyes de fondo* —derecho del trabajo, *stricto sensu*— que, por referirse directamente al contrato de trabajo y ser creativas de derechos [10], deben ser dictadas por el Congreso nacional; b) las *leyes de policía del trabajo,* que tienen más de *derecho administrativo laboral* que de derecho del trabajo propiamente dicho, por lo que caen dentro de la órbita de la legislación provincial.

Se sostiene con fundamento que las disposiciones que hemos denominado de *policía del trabajo* (seguridad en el trabajo, jornada, higiene, tra-

[10] Esta distinción, esbozada ya en un dictamen famoso de José Nicolás Matienzo, precisamente al tratarse el tema de las atribuciones nacionales o provinciales en materia de legislación obrera, la expuso hace tiempo Alejandro M. Unsain refiriéndola a la autoridad (administrativa o judicial) de aplicación, en los siguientes términos:

"Con la necesaria cautela puede decirse que las leyes obreras responden, en general, a dos situaciones. Unas reglamentan las condiciones del trabajo. Otras crean derechos. Las primeras participan en alguna manera del carácter de leyes administrativas. Las segundas, vinculadas a la esencia misma del contrato de trabajo, tienen evidente similitud con el derecho de fondo consagrado en los Códigos". Y agregó el mismo autor, ejemplificando: "La ley de trabajo de mujeres y menores (nro. 11.317) es, en nuestro sentir, una ley de orden administrativo. Reglamenta las condiciones en que estas categorías de obreros han de prestar su trabajo" (Buenos Aires, 1941, págs. 403-404); CSJN, "Martín y Cía., c/Erazo", *L.L.,* 48-30.

bajo de menores y mujeres, etc.) son de *derecho público y que su cumplimiento, por lo tanto, debe ser exigido y perseguido de oficio* por las autoridades de aplicación. Las disposiciones que crean derechos para las partes serían, en cambio, solamente de *orden público,* es decir que aunque irrenunciables e inderogables por los particulares, éstos se encuentran en todo caso obligados a demandar su cumplimiento a la autoridad (tribunales), la que no procedería nunca de oficio.

28.5. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la Antigüedad no estaba difundido el trabajo asalariado: la *esclavitud* lo reemplazaba como sistema normal de dominio y explotación del hombre, sistema que incluso Aristóteles consideraba justificado *a natura.* En la Edad Media la esclavitud fue reemplazada por la *servidumbre de la gleba:* los hombres que la trabajaban no se hallaban en la condición de esclavos sometidos a la voluntad de sus amos, pero sí estaban adscritos a la tierra y eran, en esta condición, enajenados con ella. Su condición de siervos de la gleba duraba toda la vida y se transmitía a sus hijos. Con el progreso y desarrollo de las ciudades se crearon y adquirieron gran desenvolvimiento las asociaciones de trabajadores llamadas *gremios* o *corporaciones de artes y oficios,* que comprendían a todos los individuos que constituían un gremio. La industria satisfacía en ese momento necesidades exclusivamente locales y se desenvolvía con los medios manuales propios de la artesanía; las corporaciones se crearon en un principio con propósitos de defensa gremial y, sobre todo, para ejercer una superintendencia sobre sus propios miembros que garantizase la calidad de los productos. Las corporaciones, colocadas bajo la protección especial de un santo patrono, tenían sus propias festividades, reuniones e, incluso, su propio fuero para juzgar los hechos atentatorios al régimen establecido. Se distinguían tres categorías de miembros: maestros, compañeros y aprendices. Estas instituciones, que llenaron en su momento una sentida necesidad y se encontraban consustanciadas plenamente con el ideal de vida medieval, evolucionaron paulatinamente —con el cambio de las condiciones económicas ocurrido hacia fines de dicha edad y durante la Edad Moderna (aparición del capitalismo mercantil y financiero, centralización política)— y se transformaron en manos de los maestros o patronos en un sistema de monopolio en la producción de ciertos artículos, y a la vez de opresión e impedimento del trabajo de los compañeros. De aquí su progresivo descrédito, que explica la fuerte reacción que contra ellas tuvo lugar a comienzos de la época contemporánea.

En Francia, las corporaciones fueron prohibidas en 1776 por un edicto de Turgot y, en 1791, en forma esta vez definitiva y luego de una breve

reacción, por la famosa *ley Le Chapellier,* en nombre de la libertad de trabajo. Éste es el momento en que se produce la *Revolución Industrial* a la que ya nos hemos referido al comienzo como antecedente indispensable para la comprensión del nuevo derecho del trabajo. La introducción de la máquina en la industria, unida al crudo individualismo de la época llevó a los trabajadores a lo que puede considerarse la peor época de su historia. Baste pensar que en Inglaterra, en 1802, se dictaba una de las primeras leyes obreras limitando la jornada para los niños a ¡un máximo de doce horas! Se produjeron entonces en el campo obrero, como reacción, atentados aislados y se vio a los obreros romper las máquinas que los habían sumido en una esclavitud peor que todas las anteriores. Sin embargo, estos atentados inconexos de nada habrían de servir, lo que llevó a los obreros a agremiarse nuevamente organizándose en *sindicatos (asociaciones gremiales),* pese a las leyes prohibitivas que todavía regían. Cuando los gobiernos, democratizados por el sufragio universal, comenzaron a dictar las primeras leyes de carácter tutelar para los obreros, el sindicato fue primero *tolerado,* más tarde *permitido* y, en fin, *reconocido.* Fue Inglaterra, que había encabezado la Revolución Industrial, la primera en reconocer, por ley de 1824, las organizaciones sindicales.

Debe mencionarse también, en dicho señalado momento del origen del moderno derecho del trabajo, la influencia de las doctrinas *intervencionistas* (socialismo utópico, solidarismo, cooperativismo, catolicismo social [11], etc.) que bregaban por el abandono por parte del Estado de la política abstencionista con que hasta entonces había encarado las cuestiones económicas y del trabajo, según la ideología liberal manchesteriana.

Por lo que hace al régimen del trabajo en Indias, hasta mediados del siglo XVI el sistema de trabajo impuesto por España fue la *esclavitud* e los indios y el sistema de *servicios personales.* Cuando se libertaron los esclavos indios y en 1549 se suprimieron los servicios personales de las *encomiendas* para sustituirlas por el cobro de una renta en especie (Real Cédula del 22 de febrero de 1549), podía suponerse que las nuevas leyes no llegarían a cumplirse. Las esperanzas de la Corona de pasar del sistema de la esclavitud al del trabajo asalariado y voluntario se vieron defraudadas en la práctica porque los indios no tenían, en rigor, interés en trabajar voluntariamente, dado que no les era necesario para mantener el

[11] La doctrina social de la Iglesia se encuentra expuesta principalmente en célebres encíclicas: *Rerum Novarum* (1891), *Quadragesimo Anno* (1941), *Mater et Magistra* (1961), *Pacem in Terris* (1963) y *Populorum Progressio.* Su constitución postural *Gadium Espes* del Concilio Vaticano II retoma el tema, afirmando que entre los derechos fundamentales de la persona humana hay que contar el de los trabajadores de fundar libremente asociaciones que los representen.

nivel de vida por ellos requerido. Por otra parte, los españoles no podían descender a ese nivel de vida y el suyo, más alto, necesitaba sustentarse en el trabajo indio.

En la práctica se perfiló un sistema de transacción, entre la voluntad del monarca de implantar un régimen de trabajo libre y las necesidades reales de trabajo obligatorio: se impuso un sistema de trabajo obligatorio pero retribuido; los jueces repartidores llamaban a los indios y los repartían por tandas en los trabajos agrícolas, mineros y obras públicas. Éste es el sistema del alquiler *forzoso,* que había de alcanzar triste renombre en tierras del Perú como sistema de la *mita.*

En 1601 y 1609 se dieron nuevas cédulas reales que aspiraban a suprimir el alquiler forzoso y suplantarlo por el trabajo voluntario. Se sustituyeron los *jueces repartidores* por los *comisarios de alquileres.* Estas cédulas fueron repetidas por el monarca en 1632 ya que, en la realidad, una vez más se había continuado con el sistema del servicio forzoso pese a la letra de la ley.

Entre nosotros la Revolución de Mayo terminó con el sistema de trabajo forzoso y suprimió todos los privilegios, haciendo imposible la subsistencia de los gremios en la forma colonial e imponiendo la libertad de trabajo. La Asamblea del año XIII abolió la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y servicio personal de los indios, y decretó también la libertad de vientres. La Constitución de 1853 suprimió definitivamente la esclavitud y proclamó el derecho de trabajar (art. 14), pero lo dejó librado a los principios civilistas. La moderna legislación del trabajo se inicia recién en 1905, con la ley 4661 que implantó el descanso dominical obligatorio en la Capital Federal y territorios nacionales.

La legislación del trabajo se dictó con ritmo lento, al compás de las primeras inquietudes y reivindicaciones sociales, hasta nuestros días en que ha cobrado un desarrollo extraordinario. No faltaron entre nosotros las iniciativas tendientes a abarcar toda la materia en un código del trabajo, siendo interesante destacar que en 1904, cuando aún no se había dictado ley laboral alguna, partió del propio Poder Ejecutivo nacional la iniciativa. Los proyectos de códigos presentados son, por orden cronológico:

a) 1904, Proyecto de Joaquín V. González titulado "Ley Nacional de Trabajo";

b) 1921, Proyecto de Alejandro M. Unsain, presentado también por el Poder Ejecutivo;

c) 1928, Proyecto del senador Diego Luis Molinari;

d) 1933, Proyecto de Saavedra Lamas.

Estos proyectos de Código fracasaron en la realidad, ya que ninguno de ellos llegó a sancionarse porque el sistema de codificar en abstracto no se adapta a la misma materia laboral, máxime si se tiene en cuenta la tendencia moderna hacia la especificación de las normas, es decir hacia el estatuto por profesiones y gremios. En la actualidad, en cambio, se han creado las condiciones reales para que la codificación aparezca como la coronación de un trabajo ya cumplido en la realidad en múltiples convenios colectivos y leyes especiales. La Constitución, después de la reforma de 1956-57, enuncia expresamente, entre los códigos que ha de dictar el Congreso nacional, el de trabajo y seguridad social.

28.6. INSTITUCIONES DEL DERECHO DEL TRABAJO

Hemos dado ya el concepto de algunas de las instituciones fundamentales de esta materia, tales como los *contratos individual* y *colectivo* del trabajo. Trataremos ahora de dar una semblanza del conjunto, con especial referencia a nuestra legislación.

28.6.1. Derechos fundamentales

Constitución Nacional, artículo agregado a continuación del 14 por la Convención reformadora en octubre de 1957:

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

28.6.2. Principales leyes de aplicación obligatoria y de oficio por las autoridades administrativas. Policía del trabajo

1) Ley 4661 (1905) sobre *descanso dominical,* para la Capital Federal y territorios. Las provincias han dictado sus respectivas leyes.

2) Ley 5291 (1907) sobre *trabajo de mujeres y menores,* subrogadas por la ley 11.317 (1924), para todo el país, derogada ésta parcialmente por la ley 20.744 (LCT) que la sustituye en parte.

3) Ley 11.278 (1918) sobre pago de *salario en moneda nacional.*

4) Ley 11.544 (1929) sobre *jornada* de trabajo que la limita a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales; ley incorporada al Código Civil y, por tanto, válida para todo el territorio.

5) Ley 11.640 (1932) sobre *descanso en la tarde del sábado* (sábado inglés, ampliatoria de la ley 4661 y, por tanto, válida para la Capital y territorios).

6) Ley 11.933 (1934). Ley de Maternidad que garantiza a las madres trabajadoras un descanso antes y después del parto.

Ampliada en sus beneficios por decreto-ley de octubre de 1955.

28.6.3. Ley de Accidentes del Trabajo

En el año 1915 fue sancionada la importante ley 9688 sobre accidentes de trabajo, que establece la obligación por parte de los patronos de indemnizar los accidentes que sufran sus obreros en ocasión o con motivo del ejercicio de sus tareas. Según los principios admitidos en el derecho civil, las personas no responden sino por los daños que causen por su dolo, culpa o negligencia. Según dichos principios civilistas si un obrero se accidenta durante el desempeño de su trabajo y pretende una indemnización de su patrono por dicho accidente, debe probar que ha habido por parte de éste culpa o negligencia *(onus probandi,* cargo de la prueba). Las cosas no ocurren en la realidad con la simplicidad y claridad grata a los postulados civilistas. De hecho, el manejo de una máquina o el lugar mismo de trabajo importan siempre por sí un riesgo determinado que, en caso de producirse, no es justo que sea soportado por el obrero, quien no puede elegir el lugar de su trabajo ni está en condiciones de discutir los detalles pues se encuentra precisado de trabajar. De este modo se ha formado, al margen de los principios clásicos del derecho civil, la doctrina del *riesgo profesional,* que contempla la situación que hemos mencionado. No es necesario, según esta doctrina, que el obrero pruebe la culpa de su patrón (inversión del *onus probandi*): basta que el accidente haya ocurrido "con motivo del trabajo" para que el patrón se vea obligado a responder por el mismo. Esto se funda en que el patrón, por lo mismo que ha creado con su empresa una fuente de riesgos —teoría del *riesgo creado*—, debe hacerse cargo, al menos en parte, de los daños emergentes, máxime si se tiene en cuenta que los riesgos del obrero no están cubiertos por el salario, que representa sólo la compensación por el trabajo. De tal modo el patrón debe cargar con las indemnizaciones aunque no medie ninguna culpa suya y sí alguna negligencia del obrero; únicamente se exime de responsabilidad al patrón si el hecho fue causado por dolo o culpa grave del mismo obrero. La ley se basó en un principio transaccional ya que, en caso de optar el obrero por ampararse en esta ley, no podía obtener una indemnización mayor de 6.000 pesos por el supuesto de muerte o incapacidad total absoluta; si, en cambio, opta por entablar la acción común del derecho civil, puede pedir la reparación integral del daño sufrido. Para los casos de incapacidad parcial, el decreto reglamentario fija una escala proporcional a la pérdida sufrida. El tope máximo de 6.000 pesos, fue posteriormente elevado hasta mil salarios diarios.

28.6.4. Contrato de trabajo

Éste constituye, sin duda, la institución central del derecho laboral. Su regulación tuvo un antecedente muy importante en la ley 11.729 del año 1934 —denominada "Ley de Despido"— que aseguró al trabajador contra los despidos injustificados imponiendo al empleador el pago de dos indemnizaciones, una por *antigüedad* y otra por falta de *preaviso.* Además le aseguró la percepción de haberes durante un lapso de tres o de seis meses (según la antigüedad) para el caso de *enfermedad* o *accidente inculpable.* Numerosas leyes fueron regulando la materia en forma algo inorgánica hasta que en 1974 se dictó la ley 20.744 de contrato de trabajo (LCT) que en trescientos artículos constituye un verdadero código sobre la materia.

Sin perjuicio de mantener y ampliar las protecciones establecidas por la ley 11.729, la nueva ley se ocupa, entre otros, de los siguientes tópicos: remuneración del trabajador, vacaciones y otras licencias, feriados obligatorios y otros días no laborables, trabajo de mujeres y de menores, duración del trabajo y descanso semanal, etcétera. No cabe analizar aquí, en detalle, los aciertos y los errores de esta ley.

28.6.5. Asociaciones profesionales (gremiales)

El denominado *derecho sindical* —que constituye entre nosotros una parte inescindible del derecho del trabajo— se refiere al régimen de asociaciones gremiales de trabajadores (sindicatos), regulando todo lo relativo a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, la

conducción de las relaciones del trabajo y la armonización de los diversos intereses en conflicto. Constituye también una pieza de primerísima importancia en la concertación de los convenios colectivos de trabajo merced a los cuales se fijan —por acuerdo de los patrones y los trabajadores— las condiciones generales de trabajo en cada rama de la producción.

28.6.6. Tribunales del Trabajo

La justicia civil, lenta, costosa y no especializada, no se adapta a las necesidades de la nueva legislación obrera que hace necesaria la creación de tribunales especializados y de un procedimiento rápido y no oneroso. Todos estos aspectos fueron contemplados en el decreto 32.347/45 de creación de los tribunales de trabajo y procedimiento, decreto ratificado con posterioridad por la ley 12.948 y sustituido en 1969 por la ley 18.345.

28.6.7. Convenios colectivos

Como de esta materia nos hemos ocupado al tratar las fuentes del derecho del trabajo, nos remitimos a lo allí expuesto.

28.6.8. Situación actual

El auge de la ideología denominada "fundamentalismo del mercado", al que nos hemos referido en el Capítulo 24, punto 24.1.7., ha llevado a que cada vez más se considere al trabajo como un insumo más de la producción, y sea gradualmente sometido a las reglas de costo y protección de los demás insumos materiales de la misma.

El proceso normativo que impone este criterio es denominado "flexibilización laboral" y consiste fundamentalmente en eliminar los principales beneficios que las leyes laborales conceden a los trabajadores. Por ello los juristas del derecho laboral señalan que bajo una pretendida "flexibilización laboral", en realidad se implementa un proceso de "precarización" de las condiciones del trabajo.

En nuestro país los derechos del trabajador frente al empleador para ser indemnizado en caso de accidente de trabajo puede reemplazarse por un seguro obligatorio en las empresas denominadas "Aseguradoras de Riesgos del Trabajo" o "ART". La indemnización por despido ha sido limitada al tope de "...tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador..." (art. 245, LCT, según la reforma introducida por la ley 24.013) en otras palabras el tope indemnizatorio resulta ser de "tres salarios de convenio", y si se tiene en cuenta que los trabajadores nunca pueden ganar menos de lo que marca el convenio, pero

sí más, este tope viene a disminuir, en mucho, el monto indemnizatorio de aquellos que tienen una antigüedad mayor a tres años o tenían una remuneración superior a la fijada por el convenio colectivo del sector.

También se ha autorizado a los sindicatos a ampliar el período de "prueba" y a modificar la jornada laboral, y al empleador a otorgar vacaciones por períodos fraccionados, entre otras reformas en el sentido señalado.

TERCERA PARTE

SISTEMÁTICA

TEORÍA GENERAL

CAPÍTULO 12

EL DERECHO COMO CONDUCTA. ONTOLOGÍA JURÍDICA

CAPÍTULO 13

LAS NORMAS JURÍDICAS

CAPÍTULO 14

EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO 15

DERECHO SUBJETIVO

CAPÍTULO 16

LA POSITIVIDAD Y LAS FUENTES

CAPÍTULO 17

LAS FUENTES DEL DERECHO

CAPÍTULO 18

LAS FUENTES DEL DERECHO EN PARTICULAR. LA LEY

CAPÍTULO 19

LAS FUENTES EN PARTICULAR, LA COSTUMBRE, LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

CAPÍTULO 20

LA JUSTICIA

CAPÍTULO 21

EL MÉTODO JURÍDICO Y LA INTERPRETACIÓN

CUARTA PARTE

TEORÍA GENERAL APLICADA AL DERECHO ARGENTINO

CAPÍTULO 22

APLICACIÓN DE LA LEY EN RELACIÓN AL TERRITORIO Y AL TIEMPO

CAPÍTULO 23

DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. LAS RAMAS DEL DERECHO. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

CAPÍTULO 24

DERECHO POLÍTICO, DERECHO CONSTITUCIONAL. DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO FINANCIERO

CAPÍTULO 25

DERECHO PENAL

CAPÍTULO 26

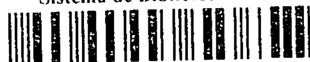
DERECHO PROCESAL

CAPÍTULO 27

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

CAPÍTULO 28

DERECHO DEL TRABAJO (SOCIAL)



Se terminó de im
de 1999, en A
sito en la calle Nic
Repúb

levantes y de la interconexión entre ellos. Las Notas Explicativas abordan en profundidad el esclarecimiento de estos temas y están especialmente destinados a los docentes y estudiosos.

En el tratamiento analítico de los diversos temas y, especialmente, en la Teoría General Aplicada, se han conservado en buena medida, con los ajustes y actualizaciones correspondientes, los materiales del libro sustituido, cuya idoneidad formativa y didáctica ha sido ya largamente probada.

Este libro es así un *libro nuevo* que nos brindó José Vilanova con la colaboración de Julio Raffo, el cual se incorpora ahora como coautor de este texto. Pero, a la vez, es la continuidad de su antecesor en la medida en que ha absorbido importantes expresiones del mismo y ha sido realizado con la misma idea rectora de brindar una visión completa, y fundada, de los temas que deben integrar una *Introducción al Derecho*.

Esta obra aspira a cumplir la función normativa, formativa y didáctica de siempre.

ABELEDO-PERROT
"Especializarse es una garantía"